Liegt im § 389 des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Abweichung vom gemeinen Rechte?

Inaugural-Dissertation

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Leo Landau,

Referendar in Lübeck.

„In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est". (l. 2 D. I, 4).

Lübeck

Buchdruckerei von Werner & Hörnig

(Inh. Otto Lychenheim)

1904.

Meiner lieben Mutter
und dem Andenken meines Vaters!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0054

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Asher. Die Compensation im Civilprozeß des klassischen römischen Rechts. Berlin 1863.

Belian. Ist der Satz der l. 10 § 1 de compens. 16,2 allgemein gültig oder nur unter besonderen Umständen richtig, und welche Consequenzen ergeben sich aus der Beantwortung dieser Frage für die Natur der condictio indebiti? Inaug. Dissert. Erlangen 1898.

v. Bethmann-Hollweg. Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie. Jahrgang I. „Beiträge zur Lehre von der Kompensation." Bonn 1827.

Brinz. Die Lehre von der Compensation. Leipzig 1849.

Derf. Noch einmal ipso jure compensari (Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes von Bekker und Muther. Erster Band. Leipzig 1857.)

Crome. System des Deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. II. Tübingen und Leipzig 1902.

Cosack. Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. I. Jena 1900.

Dernburg. Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte. Heidelberg 1868.

Dernburg. Pandekten. Bd. II. Berlin 1900.

Derſ. Das bürgerliche Recht des deutſchen Reiches und Preußens. Bd. II. Halle 1899.

Eck. Vorträge über das Recht des bürgerlichen Geſetzbuches. Berlin 1902.

Eiſele. Die Compenſation nach römiſchem und gemeinem Rechte. Berlin 1876.

Derſ. Zur Lehre von der Compenſation (Archiv für civiliſtiſche Praxis. Bd. 55. Neue Folge Bd. 5. Heidelberg 1872.)

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Erſter Band. Berlin 1903.

Enneccerus und Lehmann. Das bürgerliche Recht. Bd. I. Marburg 1900.

Fiſcher-Henle. Bürgerliches Geſetzbuch. München 1902.

Geib. Theorie der gerichtlichen Compenſation. Tübingen 1897.

Goldmann und Lilienthal. Das Bürgerliche Geſetzbuch. Bd. I. Berlin 1901.

Goldſchmidt. Gutachten. (Verhandlungen des 21. deutſchen Juriſtentages. Erſter Band. Berlin 1890.)

Götte. Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im bürgerlichen Geſetzbuche. (Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 17. Berlin 1900.)

Hartlaub. Der Solutionsgedanke bei der Kompenſation. Inaug. Diſſert. Freiburg 1902.

Hartter. Das römiſch-deutſche Recht der Kompenſation mit Hinblick auf einige beſondere, in Deutſchland geltende Geſetze und Staaten. München 1837.

Haſſe. Über die Compenſation und ihre Liquidität. (Archiv für civiliſtiſche Praxis. Bd. 7. 1824.

Hellwig. Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

v. Hertzberg. Die Aufrechnung des bürgerlichen Gesetzbuches, ein merum jus compensationis. Inaug. Dissert. Erlangen 1898.

Huber. Gutachten. (Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages. Zweiter Bd. Berlin 1891.)

Kaiser. Die replicatio compensationis nach gemeinem Civilrecht. Inaug. Dissert. Halle 1894.

Kohler. Compensation und Prozeß. (Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 20. Berlin 1894.)

Derf. Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. (Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 24. Berlin 1898.)

Kretschmar. Secum peusare. Gießen 1886.

Krug. Die Lehre von der Kompensation. Leipzig 1833.

Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuche. Teil II. Berlin 1899.

Leonhard. Die Aufrechnung. Göttingen 1896.

Derf. Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. (Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 21. Berlin 1902.)

Liebknecht. Compensationsvollzug und Compensationsvorbringen nach gemeinem Rechte. Berlin 1898.

Derf. Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem u. künftigem Reichsrecht. Berlin 1899.

Lippmann. Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. (Iherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Jena 1901.)

Derf. Zur Lehre von der Compensation nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches. (Iherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 32. Jena 1893.)

Litthauer. Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.

Matthiaß. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I. Berlin 1900.

Meisner. Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.

Meyer. Bedeutung und Charakter der Compensationserklärung. Inaug. Dissert. Erlangen 1895.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. II. Berlin und Leipzig 1888.

Noetzel. Die außergerichtliche compensatio necessaria nach gemeinem Rechte. Inaug. Dissert. Erlangen 1898.

Oertmann. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Ohnsorge. Zur Lehre von der Aufrechnung (Iherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 20. Jena 1882.)

Planck. Recht der Schuldverhältnisse. (Bürgerliches Gesetzbuch, Zweiter Band.) Berlin 1900.

Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entwurfes des BGB. Berlin 1897.

Priester. Ipso jure compensatur. Frankfurt 1897.

Scherer. Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Buch. Erlangen 1899.

Schlichting. Die Anfrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug. Dissert. Rostock 1901.

v. Scheurl. Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Erlangen 1853.

Schollmeyer. Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte. München 1900.

Schwanert. Die Compensation nach römischem Recht Rostock 1870.

v. Seeler. Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen

nach BGB. § 396. (Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 15. Berlin 1899.)

Siber. Compensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.

Stammler. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Stampe. Das Compensationsverfahren im vorjustinianeischen stricti juris judicium. Leipzig 1886.

v. Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. München 1900.

Stölzel. Schulung für die civilistische Praxis. Zweiter Teil. Berlin 1902.

Sydow und Busch. Civilprozeßordnung. Berlin 1901.

Dies. Konkursordnung. Berlin 1902.

Ubbelohde. Über den Satz: ipse jure compensatur. Göttingen 1858.

v. Vangerow. Lehrbuch der Pandekten. Marburg und Leipzig 1869.

Weismann. Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche (Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 26. Berlin 1899.)

Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band. Frankfurt a. M. 1900.

Inhaltsangabe.

Einleitung.

Erster Hauptteil:

Interpretation des § 389 BGB.

Kapitel I. Die Erklärung des Aufrechnungswillens (§ 388 BGB.) ist Ursache der im § 389 BGB. normierten Aufrechnungswirkungen. Bis zu ihrem Vollzuge stehen die Forderungen einander unbeeinflußt gegenüber.

§ 1. Interpretation der Worte: Die Aufrechnung bewirkt.

§ 2. Die widerstreitenden Anschauungen.

a. Nach Dernburg ist die Aufrechnungserklärung lediglich Vollzieherin der bereits durch das Gegenübertreten der Forderungen begründeten Aufrechnung.

b. Nach Liebknecht bewirkt die Coexistenz suspensiv bedingte Tilgung.

c. Kohler behauptet eine Vinkulierung der Forderungen während der Aufrechnungslage.

d. Die Forderungen werden nach Lippmann mit einer Einrede behaftet.

§ 3. Verteidigung der hier vertretenen Auffassung.
   a. Die Fassung des § 389 BGB.
   b. Nach § 396 BGB. Abs. 1 kann der aufrechnende Teil bestimmen, welche von mehreren Forderungen aufgerechnet werden sollen.
   c. § 396 Satz 2 BGB. und Absatz 2 erklären die gesetzliche Verrechnung der §§ 366 Abs. 2 und 367 BGB. für anwendbar.
   d. Die aufrechenbaren Forderungen unterliegen nach § 390 Satz 2 der Verjährung.
   e. Vergleich der §§ 768 und 770 Abs. 2 BGB.
   f. Singuläre Bestimmungen treffen die Paragraphen:
      α. 357 (Aufrechnung nach erfolgtem Rücktritte.)
      β. 554 Abs. 2 und 581 Abs. 2 (Aufrechnung des Mieters und Pächters trotz Verzuges.)
      γ. 390 Satz 2 (Aufrechnung trotz Verjährung.)
      δ. 406 (Aufrechnung des Cessus.)
      ε. 770 (Weigerung des Bürgen, den Gläubiger zu befriedigen.)

Kapitel II. Die praktischen Folgen der hier vertretenen Auffassung.

§ 4. Eine condictio indebiti bei Leistung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit ist nicht statthaft.

§ 5. Eine compensatio compensationis ist unzulässig.

§ 6. Der zur Aufrechnung berechtigte Beklagte, der von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, muß trotz Obsiegens die Kosten tragen, wenn er nach Erhebung der Klage aufrechnet.

§ 7. Aufrechnung ist noch während der Zwangsvollstreckung zulässig.

Kapitel III. A. Die Aufrechnungserklärung bewirkt, daß die Forderungen erlöschen.

§ 8. Die Forderungen werden durch den Aufrechnungsvollzug getilgt.

§ 9. Die Aufrechnung gehört zu den Befriedigungsarten des bürgerlichen Gesetzbuches.

a. Die Aufrechnung ist nicht Zahlung.

b. Sie ist keine Selbstzahlung.

c. Auch keine Selbsthilfe.

d. Sie unterscheidet sich vom Erlaß.

e. Desgleichen von der Hingabe an Erfüllungsstatt.

f. Ihr Verhältnis zur Hinterlegung und zum Zurückbehaltungsrecht.

g. Aufrechnung ist ein modus tollendi sui generis.

§ 10. Die Folge des Erlöschens der Forderungen.

B. Die Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken.

§ 11. Teilaufrechnung ist statthaft.

Kapitel IV. Der Schwerpunkt des § 389 BGB. ruht in der Bestimmung, daß die Forderungen als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

§ 12. Die Fiktion des § 389 BGB. und die hiergegen vorhandenen Bedenken.

§ 13. Der Rechtfertigungsversuch der Motive.

§ 14. Die Rückwirkung des Aufrechnungsvollzuges widerspricht den Anschauungen des Verkehrslebens.

a. Die Sistierung des Zinsenlaufes vom Momente der Coexistenz der Forderungen an ist unbillig.
b. Der Ausschluß eines Verzuges und des Verfallens einer Vertragsstrafe widersteht der Verkehrssicherheit.
c. Das Verhältnis des § 389 BGB. zum § 53 fg. der Konkursordnung stützt nicht die in den Motiven behauptete Zweckmäßigkeit der Rückwirkungsmaxime.

§ 15. Die Folgen der Rückwirkung.

§ 16. Zusammenfassung der gewonnenen Resultate.

Zweiter Hauptteil:

Die Bestimmungen des § 389 BGB. im Vergleiche zu den maßgebenden Bestimmungen des gemeinen Rechts.

Kapitel V. Der Zeitpunkt der Kompensationswirkungen im gemeinen Rechte.

§ 17. Ipso jure compensatur!

§ 18. Die Darstellung der Ipso-jure-Theorien, soweit sie für die Kompensationswirkungen von Bedeutung waren.
a. Die formellen Theorien.
b. Die materiellen Theorien.
1. Die Lehre des Martinus Gosia.
2. Die Retrotraktionstheorie des Azo.
3. Die Affektionstheorie Windscheids.

Kapitel VI. Die Rückwirkungsmaxime des § 389 BGB. im Vergleiche mit den ipso-jure-Theorien.

§ 19. Das Verhältnis des § 389 BGB. zu den Lehren des Martinus und Windscheids.

§ 20. Charakteristik der Lehre Azos und ihr Siegeszug im gemeinen Rechte.

§ 21. **Stellt § 389 BGB. die Retrotraktionstheorie Azos dar?**

Kapitel VII. Die Bedeutung der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung nach gemeinrechtlicher Anschauung.

§ 22. Gemeinrechtlich galt die Coexistenz der Forderungen als causa efficiens, der Kompensationsvollzug als Bedingung für den Eintritt der Kompensationswirkungen.

§ 23. Die Forderungen während der Kompensationslage.

Kapitel VIII. Die praktischen Folgen des Kompensationsvollzuges nach gemeinem Rechte.

§ 24. Die kompensierten Forderungen erlöschen. Die Kompensation ist wie die Aufrechnung ein modus tollendi sui generis.

§ 25. Bei Zahlung in Unkenntnis der Kompensationsmöglichkeit wurde eine condictio indebiti gegeben.

§ 26. Eine replicatio compensationis war unzulässig.

§ 27. Der Zinsenlauf hörte vom Augenblicke der Coexistenz an auf.

§ 28. Die mora und das Verfallen einer Vertragsstrafe wurden hinfällig, falls Kompensation eintrat. Die Akzessorien wurden frei.

Schluß:

Zusammenfassung der Endergebnisse:

§ 389 BGB. hat die im gemeinen Rechte herrschende Retrotraktionstheorie Azos kodifiziert. Allein die juristische Konstruktion des § 389 unterscheidet sich wesentlich von dem theoretischen Aufbau der Lehre Azos.

Die praktischen Folgen des Aufrechnungsvollzuges stimmen mit den gemeinrechtlich anerkannten überein. Nur versagt das geltende Recht eine condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit, während sie im gemeinen Rechte allgemein gewährt wurde.

Einleitung.

Als „bellum omnium contra omnes“ wird der Streit bezeichnet[1]), den die Rechtswissenschaft von der Zeit der Glossatoren an auf dem Boden der Kompensationslehre führte. In tiefgreifenden Kontroversen suchte man das Wesen dieses Institutes zu ergründen, das der aequitas und den Anforderungen eines rege pulsierenden Verkehrslebens entsprungen war; allein die Bemühungen der Forscher blieben vergeblich. Eine Einigung ward nicht erzielt, und der Kampf dauerte ungeschwächt bis zu dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches fort.

Erst das neue Recht bereitete dem Widerstreite der Theorien ein Ende. In den §§ 387 bis 396 hat die Kompensation eine eingehende und abgeklärte Regelung erhalten und neben der neuen Bezeichnung „Aufrechnung“ vielfach eine der modernen Anschauung entsprechende Umgestaltung erfahren.

Aber der vielhundertjährige Kampf ist nicht spurlos verlaufen. Sein Einfluß tritt unverkennbar in der Aufrechnung des BGB hervor, und manche Bestimmungen stellen geradezu eine Kodifikation der herrschenden Anschauungen des gemeinen Rechtes dar.

[1]) Bei Stölzel S. 8.

Insbesondere zeigt der § 389 BGB, dessen Bedeutung sich in einer Reihe wichtiger Folgeerscheinungen offenbart, die Wirkungen des alten Streites um den Satz:

„ipso jure compensatur",

sodaß es den Anschein hat, als ob die Frage:

„Liegt im § 389 BGB eine Abweichung vom gemeinen Rechte?"

zu verneinen sei.

Im folgenden soll nun der Nachweis versucht werden, daß die Rückwirkungsmaxime des § 389 und deren Folgen allerdings auf der herrschenden Lehre des gemeinen Rechtes beruhen, daß aber ihre juristische Konstruktion eine wesentliche Abweichung von den bis dahin geltenden Theorien bedeutet.

Zum Zwecke dieser Untersuchung ist es erforderlich, den § 389 BGB ausführlich zu interpretieren und ihn dann den herrschenden Theorien des gemeinen Rechtes über die Kompensationswirkungen vergleichend gegenüberzustellen.

Erster Hauptteil.

Interpretation des § 389 BGB.

Kapitel I.

§ 1.

Aus den Motiven zum BGB. geht hervor, daß die Redaktoren lange Zeit schwankten, ob sie die Wirkungen der Aufrechnung nach einer der bis dahin üblichen, althergebrachten Theorien regeln oder mit der Jahrhunderte hindurch geübten Doktrin und Praxis brechen sollten. Erst nach langen Kämpfen ward eine Einigung erzielt und als Frucht tiefgehender Erwägungen im § 389 BGB. ausgesprochen:

„Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind."

Die Worte des § 389: „Die Aufrechnung bewirkt" stehen in unmittelbarem Zusammenhange mit dem vorangehenden § 388 Satz 1, der den Vollzug der Aufrechnung regelt. Nach ihm erfolgt die Aufrechnung „durch Erklärung gegenüber dem andern Teile"

mithin durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die im Prozesse, wie außerhalb desselben abgegeben werden kann.

Bis zu ihrer Abgabe stehen die aufrechenbaren Forderungen einander unbeeinflußt und unberührt gegenüber; die Aufrechnungslage erzeugt in keiner Weise ein Aufeinandereinwirken der Forderungen. Erst mit Geltendmachung des Aufrechnungswillens wird eine Verbindung zwischen ihnen hergestellt, die ihre Tilgung herbeiführt.

Somit ist die Aufrechnungserklärung Ursache des Aufrechnungseintrittes.

§ 2.

a. Nach Dernburgs[1]) gegenteiliger Auffassung ist die Parteierklärung nur die Vollzieherin der Aufrechnung, die bereits durch das Gegenübertreten der Forderungen begründet wird, „so daß von der Zeit der Aufrechenbarkeit die Gegenforderungen nur noch bedingte Kraft haben."

b. Ebenso erklärt Liebknecht[2]) die von Unger für das österreichische Privatrecht gegebene Formulierung, daß „die Koexistenz der Forderungen ihre suspensiv bedingte Tilgung wirkt,"[3]) auch für den § 389 als maßgebend.

c. Kohler[4]) behauptet, eine „Vinkulierung" der beiderseitigen Forderungen fände statt, eine „stillschweigende

[1]) Dernburg BGB. S. 289.
[2]) Vorbehaltszahlung S. 108 fg.
[3]) Vergl. auch Oertmann § 387.
[4]) Kohler, Zeitschrift Bd. XXIV S. 32 fg. Vergl. auch Endemann I. S. 824.

Beeinflussung, die im Momente des Entscheidungsaktes hervorbricht." Es sei nicht anders denkbar, als daß bereits das aufrechenbare Gegenüberstehen bedeutungsvoll ist, „denn die Annahme einer Beeinflussung entspräche den im Forderungsrechte liegenden wirtschaftlichen und ethischen Faktoren.

d. Nach Lippmann[5]) erzeugt das Gegenüberstehen eine Einrede, die Leistung aus der Gegenforderung verweigern zu können.

§ 3.

Entgegen diesen Deutungen muß mit Planck,[1]) Schollmeyer,[2]) Leonhard[3]) und andern[4]) an der oben gegebenen Auffassung festgehalten werden.

a. Denn einmal geht aus den Motiven[5]) und Protokollen[6]) hervor, daß § 389 auf der hier vertretenen Konstruktion beruht. Ferner läßt aber auch die Fassung des Paragraphen keine andere Deutung zu. Wenn er sagt[7]): „Die Aufrechnung bewirkt", so bezeichnet er damit die Aufrechnungserklärung unzweideutig als Ursache der infolge ihrer Abgabe eintretenden Wirkungen. Daher stehen die beiden aufrechenbaren Forderungen völlig unbeeinflußt einander gegenüber, solange nicht diese Erklärung erfolgt ist;

---

[5]) Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 468 fg. Cosack I. Aufl. Bd. I S. 360; aufgegeben in den folgenden Auflagen. Dagegen Planck S. 170, 1, Stammler S. 244. Siber S. 129 fg.

[1]) Planck S. 168, 2. [2]) Schollmeyer S. 338. [3]) Leonhard Archiv Bd. 21, S. 180. [4]) Siber S. 131. Matthiaß S. 441.

[5]) Motive II S. 107. [6]) Protokolle Bd. I. S. 370.

[7]) Vergl. Schlichting S. 59.

sie sind nicht etwa schon im Augenblicke ihre Coexistenz „suspensiv getilgt," auch keine „Vinkulierung" kann eintreten, keine „Einrede" wird erzeugt — die Aufrechenbarkeit hat lediglich zur Folge, daß von ihrem Eintritte an der Aufrechnungsvollzug jederzeit statthaft ist.

b. Nur vom Standpunkte der hier verteidigten Auffassung läßt sich die Bestimmung des § 396 Abs. 1 rechtfertigen, daß, falls der eine oder andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat, der aufrechnende Teil bestimmen kann, welche von ihnen gegen einander aufgerechnet werden sollen.[8])

Hiermit ist dem Aufrechnenden anheimgestellt, ob er seine Schuld a gegen seine Forderungen b, c oder d aufrechnen will, obwohl weder b noch c, sondern d der Schuld a zuerst aufrechenbar gegenüberstand. Nach der gegnerischen Auffassung würden a und d sich im Augenblicke ihrer Coexistenz suspensiv tilgen, oder, um Kohlers Ausdruck zu gebrauchen, der praktisch dasselbe besagt, „vinkulieren", so daß die später entstehenden Forderungen b und c in keine „Aufrechnungssituation" mit a kommen können, und der Aufrechnende infolge dessen gezwungen wäre, a nur mit d zu kompensieren.

c. Zu gleichen Erwägungen[9]) führt die im § 396 bestimmte Anwendbarkeit der gesetzlichen Verrechnung der §§ 366 Abs. 2 und 367 für den Fall, daß die Aufrechnung ohne Bestimmung der aufzurechnenden Forderungen erklärt wird, oder der andere Teil un-

[8]) v. Seeler Archiv Bd. 15 S. 104 fg. Schlichting S. 60.
[9]) Hierzu Siber S. 128.

verzüglich der vom Aufrechnenden getroffenen Bestimmung widerspricht.

Diese Vorschrift ist ebenfalls unvereinbar mit der gegnerischen Auffassung.

d. Desgleichen folgt aus dem Inhalte des § 390 Satz 2, daß ein aufrechenbares Gegenüberstehen keinen Einfluß auf die Forderungen auszuüben vermag. Denn wenn der Paragraph besagt:

> „Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war"

so folgt daraus, daß eine Verjährung der koexistenten Forderungen an sich nicht ausgeschlossen ist. Wären die Forderungen aber suspensiv getilgt, so würde eine Verjährung schlechterdings unmöglich sein, da sie mit der Tatsache des suspensiv tilgenden Gegenübertretens gleichsam immun gegen alle äußeren Einflüsse werden müßten. Lediglich die Wahrung ihrer Integrität rechtfertigt die Möglichkeit einer Verjährung.

e. Gegen die Behauptung, das Gegenüberstehen erzeuge eine Einrede, spricht insbesondere noch ein Vergleich der §§ 768 und 770 Abs. 2.[10]) Nach § 768 stehen dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zu. Nach § 770 Abs. 2 kann er aber dessen Forderungen nicht aufrechnen, sondern er hat nur eine eigene Einrede, Befriedigung zu versagen, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige

[10]) Leonhard Archiv S. 194. Siber S. 130. Schlichting S. 62.

Forderung des Hauptschulders befriedigen kann. Aus diesem Gegensatze folgt, daß durch das Gegenübertreten der Forderungen keine Einrede erzeugt wird.

f. Wenn nun von den Gegnern[11]) versucht wird, die hier verteidigte Auffassung durch den Hinweis auf die §§ 357, 554 Abs. 2, 581 Abs. 2, 390 Satz 2, 406 und 770 zu entkräften, so muß erwidert werden, daß diese Bestimmungen unsere Konstruktion nicht nur nicht zu erschüttern vermögen, sondern sie vielmehr stützen. Denn sie stellen sich offenkundig als Ausnahmen zu dem Aufrechnungsprinzipe des bürgerlichen Gesetzbuches dar. Daß die Behauptung sich rechtfertigt, es handle sich in allen diesen Fällen, die scheinbar gegen die Theorie des völligen Unberührtbleibens zeugen, um durchaus singuläre Bestimmungen, soll im folgenden erwiesen werden:

α. Gemäß § 357 ist nach dem Rücktritt vom Vertrage, auf dem eine der aufzurechnenden Forderungen beruht, die Aufrechnung im allgemeinen nicht mehr statthaft.[12]) Denn da die Forderungen während ihres Gegenüberstehens einander in keiner Weise beeinflußten, waren sie allen Einwirkungen von außen her preisgegeben. Und somit konnte auch die Rücktrittserklärung ihre Koexistenz vernichten. Aus Billigkeitsrücksichten wird nun im § 357 bestimmt, daß für den besonderen Fall der „unverzüglich" nach dem Rücktritt erklärten

[11]) Z. B. Endemann S. 825 Anm. 21.
[12]) Siber S. 132. Schlichting S. 61. Schollmeyer S. 338.

Aufrechnung diese ausnahmsweise als unwirksam angesehen werden soll.

β. Analog zu beurteilen ist § 554 Abs. 2[13]): Der für zwei auf einander folgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses in Verzug stehende Mieter kann die ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgende und an sich zulässige Kündigung des Vermieters unwirksam machen, falls er sich durch Aufrechnung von seiner Schuld befreien konnte und seine Aufrechnungserklärung „unverzüglich" nach der Kündigung abgibt.

Desgleichen ist ein Analogon § 581 Abs. 2, der die eben erörterte Vorschrift auch für die Pacht gibt.

γ. Nicht minder folgt aus § 390 Satz 2 die Berechtigung unsrer Interpretation. Denn auch hier liegt eine positiv rechtliche Vorschrift vor.[14])

Im Satz 1 des Paragraphen wird es als Regel aufgestellt, daß eine einredebehaftete Forderung nicht aufgerechnet werden kann. Da Satz 2 nun fortfährt, die Einrede der Verjährung schließe die Aufrechnung nicht aus, wenn die Forderungen sich einmal unverjährt gegenüberstanden, so zeigt dieser Zusammenhang deutlich das Vorliegen einer Ausnahmevorschrift zu dem an die Spitze gestellten Grundsatze.

[13]) Schollmeyer S. 338.
[14]) Schlichting S. 61. Siber S. 132. Schollmeyer S. 338.

Auch die Tatsache, daß erst der zweite Entwurf den Satz 2 zu gunsten des Schuldnes, und zwar aus Billigkeitsrücksichten, aufnahm, spricht für unsere Auffassung.

δ. In gleicher Weise ist die nach § 406[15]) gegegebene Aufrechnung des Cessus gegenüber dem Cessionar (die eine Durchbrechung des § 387 bedeutet) eine für den Einzelfall getroffene Bestimmung, die nur aufgenommen ist, um den Cessus durch die Abtretung nicht schlechter zu stellen.[16]) Wenn er nämlich nach § 406 eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnet, so wird hierdurch weder der bisherige, noch der neue Gläubiger befriedigt; deshalb ist, wie Siber[17]) betont, die Aufrechnung hier im Gegensatze zum Regelfalle keine Befriediguug. „Man könnte höchstens sagen eine Befriedigung des früheren Gläubigers kraft Fiktion, daß ihm die abgetretene Forderung noch zustehe."

ε. Endlich sei bemerkt, daß auch § 770[18]) eine singuläre Bestimmung bildet.[19]) Denn wenn er eine Folge der gegnerischen Beeinflussungs-

[15]) Im Prinzipe ist § 392, der die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung regelt, mit § 406 identisch.

[16]) Schollmeyer S 338.

[17]) Siber S. 132.

[18]) Vergl. auch S. 23, wo aus § 770 Abs. 2 mit § 768 ein Argument gegen die „Einredetheorie" hergeleitet wurde.

[19]) Schollmeyer S. 338.

theorie wäre, so könnte er konsequenterweise[20]) dem Bürgen nicht die Befugnis versagen, Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, wenn der Hauptschuldner gegen ihn aufzurechnen vermag. Daher trifft § 770 eine Einzelbestimmung, die nach dem Obigen ihre Ursache nicht in der Beeinflussungstheorie haben kann, wenn er anordnet, daß der Bürge Befriedigung des Gläubigers zu verweigern nur befugt ist, so lange sich der Gläubiger, und lediglich dieser, durch Aufrechnung zu befriedigen vermag.

Somit ist die hier vertretene Konstruktion der Aufrechnungslage durch die aufgeführten Paragraphen nicht widerlegt, denn diese sind, wie dargetan, als Ausnahmen zu den allgemein geltenden Regeln gekennzeichnet.

Kapitel II.

§ 4.

Die Tatsache, daß sich die einander aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen nicht beeinflussen, und lediglich die Aufrechnungserklärung Ursache des Aufrechnungserfolges ist, führt zu bedeutsamen Konsequenzen.

[20]) Oertmann (zu § 770) zieht auch tatsächlich diese Konsequenz. Er läßt den Bürgen nach Analogie des § 768 Abs. 1 die Aufrechnung selbst vollziehen. Cosack, der in der ersten Auflage S. 566 Anm. 16 dieser Ansicht beipflichtete, gibt sie a. a. O. S. 578 c auf.

Wird in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit geleistet, so ist eine Rückforderung auf Grund der §§ 812, 813 Abs. 1 unstatthaft.[1]) Denn es ist eine einredefreie Leistung erfolgt und daher kein indebitum!

v. Hertzberg[2]) dagegen behauptet, der Schuldner begebe sich ohne Rechtsgrund seines Aufrechnungsrechtes und der damit möglicherweise verknüpften Vorteile zu gunsten des anderen Teiles. Dadurch erlange der Empfänger auf Kosten des Zahlenden etwas ohne rechtlichen Grund.

Dies ist aber nicht aufrechtzuerhalten. Denn wenn B dem A die geschuldeten 100 Mk. zurückzahlt, so erlangt A sie nicht ohne rechtlichen Grund. Daß B sich von dieser Schuld auch durch Aufrechnung befreien konnte, ist ein Umstand für sich, der an der Tatsache nichts zu ändern vermag, daß A in den 100 Mk. eine ihm gebührende Leistung erhält. A durfte sie also mit Fug und Recht als Befriedigung ansehen. Es wäre unbillig, ihn später zur Herausgabe zu zwingen. Denn man kann ihm nicht zumuten, daß er sich vor der Annahme der Leistung erst die Gewißheit verschafft, ob nicht etwa dem B eine Gegenforderung zusteht. Aber auch selbst dann, wenn er die Aufrechnungsmöglichkeit des B kannte, darf ihm nicht die Pflicht auferlegt werden, vor Empfangnahme der Zahlung bei B anzufragen, ob er

[1]) Motive II S. 109 Planck S. 172. Crome § 299, 2. Schollmeyer § 338. Siber § 133. Leonhard Archiv Bd. 21 S. 189, Aufrechnung S. 166.

A. M. Kohler Zeitschrift Bd. 20 S. 18. Kipp S. 441. Weismann S. 116.

[2]) v. Hertzberg S. 38.

nicht aufrechnen wolle. Dem Verkehrsleben würden anderenfalls fühlbare Schranken auferlegt sein.

Die Versagung einer condictio indebiti mag für den Betroffenen oft recht hart sein, insbesondere, wie Weismann und Kohler[3]) bemerken, wenn der in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit Leistende mit dem Kapitel Zinsen und eine Konventionalstrafe gezahlt hat, die ihm bei erfolgter Aufrechnung verblieben wären. Allein das Gesetz hat für diesen Fall keine Ausnahmebestimmung getroffen, und so muß an seinem Prinzipe festgehalten werden.

Überdies kann die Verwerfung einer condictio indebiti auch nicht als eine einseitige Benachteiligung des Zahlenden erachtet werden. Denn wenn der Gläubiger A die ihm von B geschuldeten unverzinslichen 100 Mk. als Erfüllung angenommen hat, in Unkenntnis einer dem B gegen ihn zustehenden verzinslichen Forderung von 100 Mk., so geht auch er seines Aufrechnungsrechtes verlustig und hat nun die 100 Mk. nebst Zinsen, die er andernfalls gespart hätte, zu zahlen.

Siber[4]) weist auch darauf hin, daß die Aufrechnung ein Recht, aber keine Pflicht des Schuldners ist, gleichsam eine facultas alternativa im Verhältnis zur Erfüllung. Wie der Schuldner nicht einmal die Möglichkeit habe, eine Leistung rückgängig zu machen, die er alternativ mit einer andern schuldete, wenn er die für ihn unvorteilhaftere gewählt hat, so könne er dies noch viel weniger, wenn er, wie in diesem Falle, das allein Geschuldete geleistet habe.

[3]) Weismann S. 34. Kohler Zeitschrift Bd. 20, S. 19.
[4]) Siber S. 133.

§ 5.

Eine weitere Folge der hier vertretenen Auffassung, daß die Aufrechnungserklärung das Erlöschen der kompensablen Forderungen verursacht, ist die Unzulässigkeit der compensatio compensationis.[1][2] Hierunter versteht man das folgende:

Einem Schuldner der Forderungen a und b steht eine Gegenforderuug c gegen seinen Gläubiger zu. Er rechnet nun a mit c auf, als der Gläubiger a zurückverlangt. Da erklärt dieser, der Schuldner müsse trotzdem a herausgeben, da er seinerseits b gegen c aufrechnen wolle, und somit a ungetilgt bliebe.

Das Gesetz hat für diesen Fall keine Entscheidung gegeben, während die Motive[3] erklären, der andere Teil könne jene „Replik" nur insofern geltendmachen, als er sich darauf berufe, daß er zur Zeit der Aufrechnung bereits mit einer andern Forderung aufgerechnet habe, oder daß ein entgegenstehender Vertrag vorliege.

Diese Darlegung ist als zutreffend zu bezeichnen und mit den Ausführungen Leonhards[4] zu stützen, „daß weder der mehrfache Gläubiger noch der Schuldner als solcher ein Wahlrecht habe, sondern der Kompensant." Da nun dessen einseitige Erklärung genüge, die beiden Ansprüche

---

[1]) Motive II S. 110. James Goldschmidt Archiv Bd. 15, S. 153 fg.

[2]) Die gemeinrechtlich gebräuchliche Bezeichnung „replicatio compensationis", die auch in den Motiven beibehalten ist, kann für das BGB. nicht mehr in Anwendung kommen, denn nunmehr ist der Aufrechnungsvollzug ein materielles Rechtsgeschäft geworden. (Vergl. James Goldschmidt S. 153 fg.)

[3]) Motive II. S. 110.

[4]) Leonhard: Aufrechnung S. 174.

zur Aufrechnung zu bringen, und damit die Aufrechnung zu vollenden, so sei keine Möglichkeit mehr vorhanden, ihre Wirkungen hinfällig zu machen.

Dieselbe Entscheidung ist auch zu treffen, wenn der Schuldner gegen den geltendgemachten Teil einer Forderung aufrechnen will. Gesetzt, A klagt 50 Mk. der ihm gegen B zustehenden 100 Mk. ein. B rechnet sie daraufhin mit seiner Gegenforderung von 50 Mk. auf. Jetzt kann A nicht replizieren, daß er die Gegenforderung des B mit dem nicht eingeklagten Teil aufrechnen wolle; denn aus den oben angegebenen Gründen ist auch hier das Begehren des Klägers unzulässig.

§ 6.

Auch ein Fall der Kostenfrage findet seine Entscheidung nach den oben entwickelten Grundsätzen.

A stellt einer Forderungsklage des B compensando eine Gegenforderung gegenüber.[1]) Diese wird anerkannt, und daraufhin die Klage abgewiesen. Dann sind billigerweise — wie es auch die hier verteidigte Konstruktion der Aufrechnungserklärung verlangt — dem A die Kosten aufzuerlegen, obwohl er obsiegt. Denn er hat dem B Anlaß zur Klageerhebung gegeben, da er seinen Aufrechnungswillen vor der Klage des B hätte erklären können, dies aber unterlassen hat. Dem A kann also der Schutz des § 93 CPO. nicht zugebilligt werden.

Die gleiche Deduktion könnte freilich dem Kläger entgegengehalten werden.[2]) Aber wenn er auch berechtigt

[1]) Vergl. Leonhard: Aufrechnung S. 203 fg. Archiv 21. S. 184 fg. Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 189, Bd. 43 S. 440 fg. Schollmeyer S. 335 fg. und andere. A. M. Hellwig, S. 20, Anm. 47 a.

[2]) Leonhard Archiv Bd. 21, S. 185.

war aufzurechnen, so war er doch keinesfalls dazu verpflichtet. In den Fällen der §§ 393, 394, 395 BGB. ist ihm eine Aufrechnungsmöglichkeit sogar versagt.

Freilich wird es oftmals der Billigkeit entsprechen, daß der Gläubiger vor Erhebung der Klage an den Schuldner die Anfrage richtet, ob er eine Aufrechnung vornehmen wolle;[3]) allein diese Pflicht ist je nach Lage des Falles zu beurteilen und für die Kostenfrage nur dann in Betracht zu ziehen, wenn dem Kläger eine Benachrichtigung des Schuldners nach der Verkehrsanschauung zugemutet werden darf.

Auf Grund der gegnerischen Theorie müßte der Kläger aber in jedem Falle die Prozeßkosten tragen, sind doch die Forderungen zur Zeit der Klageerhebung bereits suspensiv getilgt oder mit einer Einrede behaftet.[4])

§ 7.

Der aufrechnungsberechtigte Beklagte, gegen den nach erfolgter Verurteilung zur Zahlung die Zwangsvollstreckung betrieben wird, darf noch aufrechnen, während diese erfolgt, obwohl er es bereits in der mündlichen Verhandlung hätte tun können.[1]) Paragraph 767 Abs. 2 CPO. erklärt nämlich Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch „nur insoweit für zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach Schluß derjenigen

[3]) Leonhard wie oben.

[4]) Auch die Anwendung der später zu besprechenden Rückwirkungsmaxime des § 389 BGB. auf die Kostenfrage würde zu der gegnerischen Entscheidung führen. Allein es ist der Ansicht Sibers (S. 127) beizupflichten, daß die Rückwirkung nur materiellrechtliche Bedeutung hat.

[1]) Planck S. 173. Schollmeyer S. 339.

mündlichen Verhandlung, auf welcher Einwendungen ..... spätestens hätten geltendgemacht werden müssen, entstanden sind . . ." Nun beruht aber, wie Planck S. 173 und Schollmeyer S. 339 bemerken, die Einwendung der stattgehabten Aufrechnung nicht auf der Aufrechenbarkeit der Forderungen, sondern auf der Aufrechnungserklärung; diese erfolgte jedoch erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung. Daher kann die Einwendung der vollzogenen Aufrechnung noch während der Zwangsvollstreckung erfolgreich geltendgemacht werden.

Kapitel III.

A.

§ 8.

Die Erklärung des Aufrechnungswillens bewirkt nach §389 BGB., daß die aufgerechneten Forderungen erlöschen. Es tritt also eine vollkommene Tilgung ein. Der Aufrechnungsvollzug erzeugt nicht etwa nur eine Einrede.[1]) Denn die mit einer Einrede behafteten Forderungen bestehen fort, die aufgerechneten aber gehen unter.

§ 9.

Somit gehört die Aufrechnung zu den Befriedigungsarten des bürgerlichen Gesetzbuches. Stölzel[1]) nennt sie „ideelle" Zahlung, und treffend charakterisieren sie die Motive[2]) mit den Worten:

„Der Aufrechnende zwingt, indem er von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch macht, dem andern Teile

[1]) Stammler S. 244. Siber S. 129. Planck S. 170,1.
[1]) Stölzel S. 2.
[2]) Motive II, S. 108.

eine gesetzlich statthafte Befriedigung auf und befriedigt sich selbst hierdurch gleichzeitig. Deshalb erzeugt die vollzogene Kompensation, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, daß der Gegner befriedigt sei."

a. Wenn Stölzel von „ideeller" Zahlung spricht, und die Motive sagen, die Aufrechnung erzeuge Befriedigung „wie" die Zahlung, so ist dies cum grano salis zu verstehen, denn das bekannte Sprichwort: „qui compense paie" ist juristisch nicht zutreffend.[3]) Man darf die Aufrechnung nicht als mutua solutio schlechthin bezeichnen: Zahlung bedeutet immer die reale Hingabe des zu zahlenden Objektes. Aber auch in manchen andern Beziehungen ergeben sich wesentliche Unterschiede. Zum Beispiel ist Teilaufrechnung statthaft, Teilzahlung verboten. Ferner ist Aufrechnung nur zwischen zwei Schuldnern-Gläubigern zulässig, (mit Ausnahme der für den debitor cessus, den Bürgen und Mitschuldner getroffenen Sondervorschriften), während bei der Zahlung jeder Dritte für den Schuldner, auch gegen dessen Willen, erfüllen kann. Endlich kann mit verjährten Forderungen aufgerechnet werden, wenn Forderung und Gegenforderung sich einmal unverjährt gegenüberstanden. Zur Zahlung einer verjährten Forderung dagegen kann niemand gezwungen werden.

b. Auch Kohler[4]) kann nicht beigestimmt werden, der die Aufrechnung als Anweisung des Aufrechnenden an den Aufrechnungsgegner, sich durch „Selbstzahlung"

[3]) Hierzu Eck S. 363. Leonhard Archiv Bd. 21. S. 206 fg.
[4]) Kohler Zeitschrift Bd. 24. S. 2 fg.

zu befriedigen, erklärt. Mit Recht bezeichnet Eck[5]) diese Konstruktion als gekünstelt und bemerkt, daß hiernach die Aufrechnung unstatthaft sein müßte, wo es die Anweisung sei. Auch ist der Gläubiger nicht zur Annahme der Anweisung verpflichtet, während er sich Aufrechnung gefallen lassen muß.

c. Götte[6]) bezeichnet sie als einen Fall der Selbsthilfe, und zwar als Selbstbefriedigung. Diese ist jedoch nur unter den im § 229 aufgeführten Voraussetzungen erlaubt.

d. Stölzel[7]) sieht die Aufrechnung als Erlaß an. Der Erlaß verschafft aber keine Befriedigung, wie die Aufrechnung, und außerdem erfordert er nach § 397 Abs. 1 BGB. einen Vertrag. Die Aufrechnung aber ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

e. Auch nicht als „Forderungserlaß an Erfüllungsstatt"[8]) ist sie zu deuten, denn der Gläubiger muß nach § 364 BGB. Abs. 1 das an Erfüllungsstatt Geleistete annehmen; mithin ist nach § 364 Abs. 1 BGB., wie oben nach § 397 Abs. 1 BGB., ein Vertrag notwendig.

f. Mit der Hinterlegung läßt sich die Aufrechnung ebenfalls in mancher Hinsicht wohl vergleichen. Die Hinterlegung befreit den Hinterlegenden, ohne daß

---

[5]) Eck S. 363. Crome S. 288. Leonhard Archiv Bd. 21. S. 207.

[6]) Götte Archiv Bd. 17. S. 164.

[7]) Stölzel S. 204. Siber S. 136. Planck S. 168 nennt den Aufrechnungsvertrag einen Erlaßvertrag.

[8]) Siber S. 136.

es der Mitwirkung des Gläubigers bedarf, von seiner Schuld und ihren Akzessorien. Aber der Unterschied beider Befriedigungsarten ist so augenfällig, daß er keiner weiteren Erörterungen bedarf.

Vom Zurückbehaltungsrecht,[9]) das, wie die Aufrechnung, zum Schutze der Gegenansprüche des Schuldners dient, unterscheidet sich die Aufrechnung dadurch, daß ihre Erklärung Befriedigung bewirkt, während die Erklärung, das Zurückbehaltungsrecht ausüben zu wollen, für den andern Teil nur einen Zwang zur Zahlung hervorruft.

Die Untersuchungen über das Wesen der Aufrechnung führen demnach zu dem Ergebnis, daß sie einen völlig selbständigen Charakter zeigt.[10]) Sie ist folgendermaßen zu definieren:

> Die Aufrechnung ist ein modus tollendi sui generis. Sie bewirkt Tilgung der aufrechenbaren Forderungen und erzeugt somit Befriedigung der durch sie ergriffenen Ansprüche.

§ 10.

Die Bestimmung, daß die Forderungen durch den Aufrechnungsvollzug getilgt werden, bestätigt den bereits oben aufgestellten Grundsatz: compensatio compensationis non datur! Denn da die Forderung a und die Gegenforderung b durch die Aufrechnungserklärung vollkommen konsumiert werden, steht einer weiteren Forderung c nichts mehr zur Aufrechnung gegenüber.

---

[9]) Kuhlenbeck S. 194.
[10]) Ebenso Eck S. 362 fg.

Wenn die Forderungen erlöschen, so müssen auch ihre Akzessorien frei werden, da ihr Zweck hinfällig geworden ist. Daher sind nach vollzogener Aufrechnung Faustpfänder zurückzugeben, Hypotheken gehen unter, Bürgen sind befreit.

B.

§ 11.

Die Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken. Wird demnach gegen eine Forderung von 1000 eine solche von 600 aufgerechnet, so bleiben die restlichen 400 bestehen und können eingeklagt werden. Hierin liegt eine Durchbrechung der Vorschrift des § 266 BGB., der die Bestimmung trifft, daß der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist: Teilaufrechnung ist gestattet.

Kohler[1]) wirft die Frage auf, ob der Schuldner aus der Gegenforderung von 600 Mk. 300 entnehmen und zur Aufrechnung verwenden könne, so daß ihm noch eine Forderung von 300 gegen die noch vorhandenen 700 seines Gläubigers übrigbleibt. Mit Recht wird verneinend entschieden und eine derartige Zersplitterung für unstatthaft erklärt. Als zulässig erachtet wird dagegen bei mehreren Forderungen des Gläubigers eine Verteilung der Gegenforderung dergestalt, daß von den 600 etwa 300 auf die eine, und 300 auf die andere aufgerechnet werden.

Dieser letzteren Ansicht kann nicht beigepflichtet werden: Wenn den 600 Mk. eine Forderung von 1000 und eine von 700 gegenübertreten, so ist es dem Aufrechnenden nach § 396 Abs. 1 BGB. allerdings gestattet,

[1]) Kohler Zeitschrift Bd. 20. S. 13.

die aufzurechnenden Forderungen zu bestimmen. Allein eine willkürliche Zersplitterung, die Kohler im ersten Falle versagt, für diesen Fall aber zulassen will, ist auch hier wohl untunlich. Unter den Worten „soweit sie sich decken" versteht m. E. das Gesetz die Kongruenz zweier vollständiger, ungeteilter Forderungen. Demnach kann der Schuldner seine 600 entweder gegen die 700 oder die 1000 aufrechnen, aber nicht etwa einzelne Teile auf jede von ihnen. Denn andernfalls könnte es zu ganz umständlichen Berechnungen kommen, die einer glatten Abwicklung der Geschäfte, für die das Gesetz nicht zum wenigsten zu sorgen hat, störend entgegenstehen und der Chikane Tür und Tor offenhalten. Der dehnbare § 226 BGB. wird gegen die letztere Gefahr nicht immer Schutz gewähren können.

Kapitel IV.

§ 12.

Die Aufrechnungserklärung bewirkt, „daß die Forderungen als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind."

Die Wirkungen des Aufrechnungsvollzuges werden demnach auf den Moment der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung zurückbezogen; es wird fingiert, daß die Aufrechnungserklärung bereits bei dem Gegenübertreten der Forderungen erfolgt sei; nicht etwa, daß die Forderungen in diesem Zeitpunkte von selbst, ohne jegliches Zutun von außen her, erloschen sind.[1])

[1]) So auch Leonhard Archiv Bd. 21. S. 191. A. M. Dernburg S. 289 (bürgerl. Recht). Enneccerus S. 472 u. a. m.

Vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus, daß als Ursache der Aufrechnungswirkungen nur die Erklärung des Aufrechnungswillens angesehen werden darf, ist die Fiktion eines Vonselbsterlöschens logisch unmöglich: Wenn zum Vollzuge der Aufrechnung eine Willenserklärung notwendig und als kausales Erfordernis für den Aufrechnungseffekt zu betrachten ist, wenn mithin ein Vonselbsteintreten der Tilgung — und sei es auch nur einer suspensiv bedingten — verneint wird, so kann nicht hinterher fingiert werden, daß die Tilgung nun doch von selbst eingetreten sei.

Daher kann m. E. die Rückwirkungsmaxime des § 389 BGB. nur so erklärt werden, daß beim Eintritt des Aufrechnungsvollzuges die Fiktion platzgreift, dieser sei bereits im Augenblicke der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung erfolgt.

Diese „im Wege positiver Satzung durch eine juristische Fiktion“[2]) vorgeschriebene Wirkung der Aufrechnungserklärung gibt zu Bedenken Anlaß. Abgesehen von der Unnatur der Fiktion an sich — „Fiktionen bleiben immer feste, unlösliche Körper im Fluidum logisch-juristischer Gedankenarbeit,“ wie Lippmann[3]) betont — droht in dem vorliegenden Falle eine besondere Gefahr durch die auf den Zeitpunkt der Coexistenz retrotrahierte Wirkung. Dieser Zeitpunkt wird nicht immer genau zu bestimmen sein, insbesondere, wenn die Aufrechnungserklärung erst nach langer Zeit erfolgt.[4])

---

[2]) Motive S. 109.
[3]) Lippmann Jahrb. Bd. 43 S. 452.
[4]) Goldschmidt Gutachten S. 163 fg.

Nach § 387 ist der maßgebende Moment derjenige, in welchem der Aufrechnende „die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann." Nun lassen sich sehr wohl Fälle denken, in denen die Befugnis zu fordern und zu bewirken, auseinanderfallen. Man vergegenwärtige sich die Bestimmung des § 271 BGB., nach welcher der Schuldner eine ihm obliegende Leistung ante diem solutionis bewirken, also auch aufrechnen kann, während der Gläubiger ihm gegenüber erst mit Eintritt des dies aufrechnen darf; und umgekehrt, falls der dies im alleinigen Interesse des Gläubigers getroffen ist.[5])

§ 13.

Die Gesetzgeber müssen also gewichtige Gründe für die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der in Frage stehenden Bestimmung gehabt haben, wenn sie trotz dieser Erwägungen die Fiktion festsetzten.

Die Motive[1]) erkennen ausdrücklich an, daß

„durch die Verneinung der rückwirkenden Kraft klares und einfaches Recht geschaffen würde, und daß diese Verneinung auch mit der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung, wonach sich beide Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung des einen oder andern Teiles unabhängig und unbeeinflußt gegenüberstehen, eher im Einklang stände."

Sie erkennen an, daß eine Anomalie geschaffen ist, und die Rückwirkung der Anschauung des Lebens widerspricht. Allein sie glauben die Berechtigung ihrer Konstruktion außer Zweifel zu stellen, wenn sie darauf hinweisen,

[5]) Goldschmidt wie oben. Schlichting S. 39, S. 65.
[1]) Motive II S. 108, 109.

„daß andernfalls Verzinslichkeit, Verzug und Verfallen einer Vertragsstrafe nach der Zeit der Aufrechnungserklärung zu beurteilen sei. Ferner müßten sonst eine Reihe positiver Vorschriften getroffen werden, um das Prinzip der im Zeitpunkte des Aufrechnungsvollzuges erfolgenden Aufrechnungswirkung mit den Erfordernissen des praktischen Lebens in Einklang zu bringen. Überdies würden auch die Vorschriften der Konkursordnung über die Aufrechnung im Konkurse (§§ 46 [53] fg.) damit im Widerspruch stehen."

Mit diesen Darlegungen ist die im § 389 BGB. normierte zeitliche Bindung der Aufrechnungswirkungen an den Moment der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung keineswegs erfolgreich verteidigt.

§ 14.

Mit Recht wird darauf hingewiesen,[1]) daß die Rückwirkung den Anschauungen des Lebens widerspricht, daß sie der Aufrechnung zu starke Wirkungen beilegt, „die den Verkehr stören und dem Kompensanten übermäßigen Vorteil bringen."

a. Insbesondere erscheint, entgegen den Ausführungen der Motive, die Sistierung des Zinsenlaufes mit Eintreten der Coexistenz als unbillig. Denn wenn auch der Aufrechnungswille des Schuldners einer verzinslichen Forderung bereits mit Eintritt der Aufrechenbarkeit zu präsumieren ist, weil er offenkundig in seinem Interesse liegt, so ist doch tatsächlich die Schuld ungetilgt und unberührt, solange dieser Aufrechnungswille

[1]) Lippmann Iherings Jahrb. Bd. 32 S 170 fg., Bd. 43 S. 438 fg. Leonhard S. 160 (Aufrechnung) S. 181 fg. (Archiv Bd. 21).

nicht zutage tritt. Unverhüllt zeigt sich die Unbilligkeit der Rückwirkung, wenn die beiden Forderungen in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einander stehen:[2])

A leiht z. B. seinem Freunde B am 1. Januar ein zu 5 % verzinsliches Darlehen von 500 Mk. Nun hat aber B während einer Reise des A für diesen nach und nach kleinere Beträge zur Begleichung von Rechnungen für die Haushaltungslieferanten ausgelegt; etwa am 1. Dezember 3 Mk., am 10. Dezember 7 Mk., am 15. Dezember 5 Mk. und so fort, die sich am 1. Januar auf insgesamt 30 Mk. belaufen. Am 1. Januar tritt diesen Forderungen das Darlehen aufrechenbar gegenüber. Wenn nun B am 1. Januar des folgenden Jahres bei der Rückzahlung seiner Schuld erklärt, er rechne mit seinen 30 Mk. auf, und habe daher ein Darlehen von 470 Mk. zu 5 % zurückzuzahlen, so müßte sich A mit dieser Berechnung einverstanden erklären. Der Billigkeit aber entspräche es m. E., wenn B folgendermaßen rechnete: 500 Mk. zu 5 % betragen am 1. Januar des folgenden Jahres 525 Mk. Davon sind 30 Mk. für Auslagen abzuziehen. Somit beträgt die Forderung des A am Rückzahlungstage 495 Mk. Denn es widerstreitet der Auffassung des Verkehrslebens, dieser aus geringfügigen Auslagen zusammengeflossenen Summe einen so weitgehenden Einfluß auf die wirtschaftlich bedeutsame Darlehnsforderung einzuräumen.

Kretschmar[3]) und andere stellen es als dem Schuldner gegenüber unbillig hin, wenn der Gläubiger einer ver-

[2]) Leonhard Aufrechnung S. 186 fg.

[3]) Kretschmar S. 26.

zinsliche Forderung während der ganzen Zeit der Coexistenz dieser mit einer dem Schuldner zustehenden unverzinzlichen Gegenforderung den Vorteil der letzteren und dazu noch die Zinsen des von ihm entliehenen Kapitals haben würde. Wir vermögen eine Unbilligkeit darin nicht zu erblicken. Denn wenn C dem D 1000 Mk. zu 5 % leiht, so hat er dabei nicht die Absicht, dieses Kapital brachliegen zu lassen, während D eine dem C bei Gelegenheit geliehene unverzinsliche Summe von vornherein als für ihn wirtschaftlich nicht in Betracht kommend ansieht.[4]) Im übrigen steht es ihm ja frei, im Augenblicke des aufrechenbaren Gegenübertretens durch seine Aufrechnungserklärung einen Ausgleich herbeizuführen.

Bei Forderungen, die beide verzinslich zu ungleichem Zinsfuße einander gegenüberstehen, liegt es m. E. ebenfalls nicht in der Verkehrsanschauung, im Augenblicke der Coexistenz den Zinsenlauf sistieren zu lassen, denn, wie Leonhard[5]) zutreffend bemerkt, pflegt der Geschäftsmann die Zinsen seiner Forderungen und Schulden selbständig zu berechnen.

Nur bei gleich hoch verzinslichen Forderungen wird jeder Teil das ihm Gebührende erhalten, auch wenn der Zinsenlauf im Augenblicke des Gegenübertretens aufhört.

Auch sonst lassen sich wohl Fälle denken, wo es unbedenklich, ja sogar der Billigkeit entsprechend ist, die Aufrechnungserklärung mit rückwirkender Kraft auszustatten.[6])

z. B. A ist dem B 10 000 Mk. zu 6 % schuldig. Nach einiger Zeit erwirbt er gegen ihn eine unverzinsliche

---

[4]) Vergl. oben.
[5]) Leonhard Aufrechnung S. 196.
[6]) Huber Gutachten S. 13 fg.

Forderung von 15 000 Mk. A will nun dem B seinen Aufrechnungswillen erklären. Aber B ist inzwischen ausgewandert, und dem A ist seine Adresse unbekannt. Bis zu der öffentlichen Zustellung seiner Aufrechnungserklärung, die er, gestützt auf § 132 Abs. 2 BGB., betreibt, vergeht immerhin einige Zeit (er erfährt vielleicht erst nach Verlauf mehrerer Monate, daß er öffentlich zustellen kann). Er mußte aus diesem unverschuldeten Grunde bei einem Ausschluß der Rückwirkung dem B die ganze Summe weiter verzinsen.

Das ist gewiß unbillig! Allein es liegt ein außergewöhnlicher Fall vor, für den das Gesetz eine Sonderbestimmung hätte treffen können. Im allgemeinen widersteht es der Auffassung des Verkehrslebens, die Aufrechnungserklärung mit rückwirkender Kraft auszustatten. Auch weisen Goldschmidt[7]) und Leonhard[8]) darauf hin, daß der Schuldner infolge seines Rechtes, nachträglich durch Erklärung der Aufrechnung den Zinsanspruch seines Gläubigers zu beseitigen, verleitet wird, auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren.

Die Behauptung, daß die Rückwirkung der Aufrechnung mit den Anschauungen des Verkehrs nicht vereinbar ist, findet einen Stützpunkt in der Regelung des Kontokurrents. Nach § 355 HGB. können die aus der Geschäftsverbindung zwischen einem Kaufmanne und einer andern Person „entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung

[7]) Goldschmidt Gutachten S. 147.

[8]) Leonhard Aufrechnung S. 196.

und Feststellung des für den einen oder andern Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden."

Die Rückwirkungsmaxime kommt hier demnach nicht in Anwendung. Diese Abweichung von dem Grundsatze des bürgerlichen Gesetzbuches ergibt sich aus dem Zwecke und dem Wesen der „laufenden Rechnung"; allein die weite Verbreitung des Kontokurrentverkehrs zeigt auch, daß dem Geschäftsleben die aus der Rückwirkung des § 389 BGB. entspringenden Folgen widerstreben.

b. Die Motive erklären als weitere Folgen der Retrotraktion den Ausschluß eines Verzuges und des Verfallens einer Vertragsstrafe vom Momente der Coexistenz an.

Lippmann[9]) und Kohler[10]) behaupten dagegen, daß auch ohne diese Rückziehung Verzug und Strafen hinfällig werden, sobald die Aufrechnungsmöglichkeit gegeben ist. Denn zu ihrer Begründung ist ein Verschulden auf Seiten des Schuldners erforderlich. „Da nun aber der Schuldner vom Augenblicke des Gegenübertretens aufrechenbarer Forderungen berechtigt sei, seine Leistungspflicht durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung zum Erlöschen zu bringen, so könne von einem Verzuge oder einem Verfallen der Vertragsstrafe füglich nicht die Rede sein." Und ferner: „in Verzug sei nicht, wer in legaler Weise Zahlung darbiete. Das Nebeneinanderbestehen der Forderungen sei aber, unter Vorbehalt künftiger Aufrechnungserklärung, ein Darbieten."

In dieser letzteren Begründung kommt Kohlers Vinkulierungstheorie zum Vorschein. Vom Standpunkte

[9]) Lippmann Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 443.
[10]) Kohler Zeitschrift Bd. 24 S. 36.

der hier verteidigten völligen Integrität der Forderungen aus kann aber den eben wiedergegebenen Behauptungen nicht zugestimmt werden. Das Gegenüberstehen der Forderungen ist, wie dargetan, völlig ohne Einfluß auf ihre Selbständigkeit, gleich als ob die Aufrechnungslage garnicht eingetreten wäre. Mithin kann auch von einem „Sichdarbieten" der Forderungen nicht gesprochen werden.

Desgleichen liegt in der Berechtigung des Schuldners, aufrechnen zu können, nicht ohne Weiteres der Ausschluß eines Verschuldens: Man kann es zwar nicht als schuldhaft bezeichnen, wenn er jetzt nicht zahlt, aber sein Verschulden ist deshalb nicht geringer, wenn er nicht rechtzeitig aufrechnet und damit den für die Befriedigung des Gläubigers festgesetzten Zeitpunkt unbeachtet verstreichen läßt.

Daher müssen mit den Motiven die in Frage stehenden Aufrechnungswirkungen als alleinige Folge der Rückwirkungsmaxime angesehen werden.

Dagegen ist den Motiven die Zweckmäßigkeit dieser Rechtsfolgen zu bestreiten und mit Leonhard[11]), Goldschmidt[12]) und Lippmann[13]) zu betonen, daß in ihnen eine unbillige Härte für den Gläubiger liegt, der bestimmt auf den Eingang einer für den Fall des Verzuges mit einer Vertragsstrafe belegten Lieferung rechnet und seine Dispositionen danach trifft. Das Institut der Vertragsstrafe und des Verzuges, in dem die Sicherheit des Handelsverkehrs eine starke Stütze findet, erleidet durch die dem Schuldner zustehende Berechtigung,

[11]) Leonhard Aufrechnung S. 202.
[12]) Goldschmidt Gutachten S. 150.
[13]) Lippmann Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 186 fg.

seinen Aufrechnungswillen zu einer beliebigen Zeit zu erklären und damit eine Vertragsstrafe hinfällig, einen Verzug ungeschehen zu machen, eine folgenschwere Schwächung.

c. Der Hinweis der Motive auf die Notwendigkeit, die Aufrechnungsbestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches mit den §§ 46 (53) fg. der Konkursordnung in Einklang zu bringen, ist ebenfalls verfehlt.

Nur § 53 (46) KO.:

„soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen"

bringt das Prinzip des BGB. zum Ausdruck, indem es die Aufrechnung bereits vom Augenblicke der Coexistenz an wirken läßt. „Ob aber letzteres die Folge einer Vordatierung der Wirkungen der nach der Konkurseröffnung erfolgten Kompensationserklärung oder des Umstandes, daß jene Befugnis ein vor der Konkurseröffnung entstandenes, durch dieselbe nicht entziehbares Recht ist, oder wessen sonst sei," läßt Goldschmidt[14]) wohl zutreffend dahingestellt sein.

Was nun die Behauptung der Motive betrifft, daß die Konstruktion des § 389 BGB. erforderlich sei, um ihn mit den §§ 46 und folgenden in Übereinstimmung zu bringen, so soll hier kurz darauf hingewiesen werden, daß auch dies nicht zutreffend ist. Vor allem muß bemerkt werden:[15])

Die Bestimmung des BGB. auf die Konkursordnung angewandt, ergiebt als Moment des aufrechen-

[14]) Goldschmidt Gutachten S. 145.
[15]) Goldschmidt Gutachten S. 146.

baren Gegenüberstehens einer unbedingten Forderung und einer bedingten Gegenforderung (nach § 54 KO. können nämlich auch bedingte, betagte oder ungleichartige Forderungen aufgerechnet werden!) die Eröffnung des Konkurses. Mithin müßten die jetzt aufrechenbaren Forderungen mit der Konkurseröffnung erlöschen. Aber § 54 Abs. 3, (47 Abs. 3) KO. bestimmt, daß der Gläubiger einer aufschiebend bedingten Forderung seine Schuld einzuzahlen hat und nur Sicherheitsleistung für seine bedingte Forderung beanspruchen darf. Diese Regelung steht also in offensichtlichem Gegensatze zu dem Prinzipe des Aufrechnungseffektes im BGB.

Somit führen die Erörterungen über die im § 389 BGB. festgelegte Fiktion zu dem Resultate, daß die rückwirkende Kraft, wie sie § 389 BGB. der Aufrechnungserklärung beilegt, nicht als erforderlich und zweckmäßig bezeichnet werden kann.

§ 15.

Bereits im vorangehenden Paragraphen ist als Folge der Rückwirkung festgestellt worden, daß die Sistierung des Zinsenlaufes zweier aufrechenbarer Forderungen vom Augenblicke ihres Gegenübertretens an stattfindet, ohne Unterschied, ob es sich um zwei verzinsliche Forderungen handelt (wobei eine Verschiedenheit des Zinsfußes nicht in Betracht kommt), oder ob nur eine von ihnen verzinslich ist. Die Rückwirkung trifft auch die Prozeßzinspflicht des § 291 BGB.[1]) Diese gilt als nicht entstanden, wenn der Schuldner die eingeklagte Forderung mit einer bereits beim Beginn des

[1]) Schollmeyer S. 339.

Prozesses aufrechenbaren Gegenforderung erst im Prozesse aufrechnet.

Als weitere Folgen der Rückwirkung sind bereits hervorgehoben, daß eine Vertragsstrafe als nicht verwirkt, ein Verzug als nicht erfolgt gilt.

Aus diesen Feststellungen ergiebt sich, daß die etwa trotzdem vom Zeitpunkte der Coexistenz an gezahlten Zinsen oder Strafen nach erfolgter Aufrechnungserklärung zurückgefordert werden können (§ 812 fg. BGB.), denn der andere Teil ist durch sie ungerechtfertigt bereichert, da bei rückwirkender Tilgung der Forderungen konsequenterweise auch die Akzessorien hinfällig werden.

Die Zulassung einer condictio indebiti bildet keine Folgewidrigkeit gegenüber ihrer Versagung bei stattgehabter Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit. Denn wenn in letzterem Falle gezahlt worden ist, so war damit die Aufrechnungslage der Forderungen rechtsgültig beseitigt, und daher ihre Wiederherstellung zum Zwecke nachträglicher Aufrechnung unmöglich. In dem hier betrachteten Falle aber ist die Coexistenz der Forderungen unerschüttert geblieben; einem Aufrechnungsvollzuge steht nichts im Wege; mit seinem Eintritte gelten die Forderungen samt ihren Akzessorien als im Augenblicke ihres Gegenübertretens erloschen, und folgerichtig müssen die letzteren, soweit sie bereits erfüllt sind, dann auch als ohne Rechtsgrund gezahlt gelten.

Auf Grund der oben verteidigten Auffassung muß diese Rechtsfolge der Rückwirkungsmaxime m. E. ebenfalls als unbillig angesehen werden.

Zusammenfassung der gewonnenen Resultate.

§ 16.

Der Inhalt des § 389 BGB. ist nach den aus seiner Interpretation gewonnenen Resultaten wie folgt zusammenzufassen:

Die einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Aufrechnungswillens verursacht die mit ihrer Abgabe eintretenden Aufrechnungswirkungen.

Die aufrechnungsfähigen Forderungen stehen während ihrer Coexistenz unberührt und unbeeinflußt einander gegenüber. Mit dem Vollzuge der Aufrechnung erlöschen sie, soweit sie sich decken.

Diese Wirkung wird auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem die Forderungen einander aufrechenbar gegenübergetreten sind, kraft der Fiktion, daß die Erklärung des Aufrechnungswillens bereits in diesem Momente erfolgt sei.

Ihrem Wesen nach ist die Aufrechnug ein Rechtsinstitut sui generis. Sie bewirkt vollständige Tilgung der Forderungen und erzeugt somit Befriedigung der durch sie berührten Ansprüche.

Zweiter Hauptteil.

Die Bestimmungen des § 389 BGB. im Vergleiche mit den maßgebenden Bestimmungen des gemeinen Rechtes.

Kapitel V.

§ 17.

Die weittragende Bedeutung des § 389 ruht in seiner Vorschrift, daß die Forderungen nach erfolgter Erklärung des Aufrechnungswillens als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie einander aufrechenbar gegenübergetreten sind.

Diese Fiktion findet ihren Ursprung in dem Jahrhunderte überdauernden ipso-jure-Streit, dessen Wirkungen weit über das von ihm unmittelbar betroffene Gebiet hinaus von Einfluß gewesen sind.

Im Grunde war es nur der Kompensationsvollzug, der in dem „ipso jure" der Verordnung Justinians seine Regelung fand:

> „Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus . . .[1] [2]

[1]) l. 14 C. 4,31 (Const. ult. Cod. de compens).

[2]) Der Satz: „ipso jure compensatur" findet sich bereits in folgenden Quellenstellen: l. 4, l 10 pr.; l. 21 D. h. t. 16,2; l. 4 C. 4,31. Dazu § 30 I. de act. 4,6.

denn durch diese Bestimmung befreite Justinian die Kompensation aus den Fesseln der Formenstrenge; sie konnte fortab jederzeit im Prozesse geltendgemacht werden und bedurfte nicht mehr des Umweges der exceptio doli. Allein der Kampf um diese constitutio und die übrigen Quellenstellen, in denen das „ipso jure compensatur“ zum Ausdruck gelangt, spielte bald auch auf andere Fragen hinüber, und schließlich erfaßte er das ganze Gebiet der Kompensation.

Eine kurze Darstellung des Streites um die Lösung „des großen Rätsels der Kompensationslehre“, wie Lippmann[3]) das „compensatio fit ipso jure“ nennt, ist an dieser Stelle unerläßlich; allein es sollen die einzelnen Phasen des Kampfes nur insoweit aufgezeichnet werden, als sie die Wirkungen des Kompensationsvollzuges betreffen, ohne eine Entscheidung der außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegenden Frage zu versuchen, in welcher der gemeinrechtlichen Theorien die Lösung des vielumstrittenen Satzes „ipso jure compensatur“ zu erblicken sei.

§ 18.

a. Die Gruppen der formellen ipso-jure-Theorien sind in ihrem ganzen Umfange ohne Einfluß auf die hier in Betracht kommenden Fragen geblieben. Sie bauen auf der historischen Entwickelung der Kompensation auf und setzen ipso jure in Gegensatz zu ope exceptionis. Somit bedeutet „ipso jure compensatur“, daß der Wille zu kompensieren jederzeit und auf jede Weise im Prozesse geltend gemacht werden

[3]) Lippmann Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 157.

kann, während bis zu der Konstitutio Justinians die Kompensation ope exceptionis vor der Litiskontestation zu bewirken war. Diese insbesondere durch Donellus zu Ansehen gebrachten Theorien[1]) haben also rein prozessualen Charakter.

b. Die materiellen Theorien lassen sich im Hinblick auf die Frage, von welchem Zeitpunkte an die Wirkungen der Kompensation datieren, in drei umfassende Gruppen einteilen:

1. Die erste lehrt, daß die kompensablen Forderungen sich ipso jure, i. e. sine facto hominis, im Augenblicke ihres Gegenübertretens aufheben. Diese Ansicht[2]) vertraten vor allem der Glossator Martinus Gosia[3]) und Tyndarus. Sie war bis über das Mittelalter hinaus die herrschende, wurde noch um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts verteidigt[4]) und ist auch in den Code civil Art. 1290[5]) und in das BGB. für die österreichische Monarchie übergegangen.

Nach ihrer Deutung bedarf es keines Aufrechnungsvollzuges. Die Erklärung der Kompensation ist also ohne jedwede juristische Bedeutung;

[1]) Vergl. Ubbelohde S. 180 fg. Brinz (Lehre v. d. Compensation) S. 23 fg.

[2]) Sie findet sich bereits in der Paraphrase des Theophilus zu § 30 I. de act. 4,6 (Eisele S. 186).

[3]) Glossa ad l. 4 C. h. t.

[4]) statt aller: Asher S. 45 fg. Hartter § 52.

[5]) Art. 1290 lautet: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi (ipso jure!) même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant ou elles se trouvent exister à la fois jusqu'à la concurrence de leurs quotités respectives.

sie ist Berufung auf eine durch das Recht selbst bereits erfolgte Wirkung, die mit der sie verursachenden Coexistenz zeitlich zusammenfällt.

2. Eine Reihe von Theorien macht dagegen den Eintritt der Kompensationswirkungen von einem Kompensationsvollzuge abhängig. Erfolgt dieser, so wird die Tilgung der Forderungen, die bis dahin einander unberührt gegenüberstanden, auf den Zeitpunkt ihres kompensablen Gegenübertretens zurückbezogen. Die Forderungen gelten als bereits im Momente ihrer Coexistenz von selbst — ipso jure — erloschen.

Diese Lehre hat Azo zuerst in der Summa Azonis h. t. § 13 der „strengen" Theorie des Martinus entgegengestellt:

„Et dixerunt quidam fieri ipso jure ut et iam hominis facto non sit opus: et dicunt jus ipsum compensat. Set ego puto eam ipso jure tunc fieri, cum a partibus est opposita."[6])

Azos Theorie ist nach langen Kämpfen im gemeinen Rechte zur Herrschaft gelangt.[7])

3. Zu ähnlichen Resultaten, die auch auf die Retrotraktionstheorie hinauslaufen, führt die Auslegung Windscheids[8]), obwohl sie von andern

[6]) Dernburg S. 284. Ubbelohde S. 20 fg.

[7]) Vertreten insbesondere von Hasse Archiv Bd. III S. 145, v. Betmann-Hollweg Museum S. 257—285. Bekämpft statt aller von Ubbelohde S. 35. Dernburg S. 299 fg. Brinz S 9 fg. Vangerow S 361, die aber praktisch zu denselben Ergebnissen kommen.

[8]) Windscheid § 349. Dagegen Eisele S. 220 fg. Dernberg

Gesichtspunkten ausgeht. Sie führt eine Verbindung der Lehren des Martinus und des Azo herbei, indem sie den Satz aufstellt: Die kompensablen Forderungen werden vom Augenblicke ihrer Coexistenz an — ipso jure — mit einer ihre Wirksamkeit hemmenden Einrede behaftet; sie „affizieren" sich gegenseitig. Vernichtet werden aber die Forderungen erst, quoad concurrentes quantitates, sobald der Schuldner bei einer Klage des Gläubigers von dieser Einrede Gebrauch macht und der Richter sie zuläßt. „Die Kompensation hebt also das Forderungsrecht nicht ipso jure auf, aber sie tritt ipso jure ein."

Ein Überblicken der kurz skizzierten Theorien zeigt, daß sie alle die Wirkungen der Kompensation auf den Zeitpunkt der Coexistenz[9]) von Forderung und Gegenforderung verlegen. Streitig ist nur die Frage, ob diese Wirkung von selbst, lediglich durch das Gegenübertreten hervorgerufen wird, oder ob sie erst nach erfolgter Parteierklärung rückwirkend eintritt. Und ferner, ob in letzterem Falle die Forderungen während der Kompensationslage bereits auf einander einwirken,

S. 304. Lippmann Jahrb. Bd. 32 S. 157 fg. In Bekkers Jahrbüchern hat Brinz seine frühere Auffassung (s. S. 86 unten) im Sinne Windscheids geändert.

[9]) Nur vereinzelt ist im gemeinen Recht der Zeitpunkt der Kompensationswirkungen abweichend von den ipso-jure-Theorien festgelegt worden, und zwar nur in der Doktrin. Eisele (S. 388), ein Vertreter der prozessualen ipso-jure-Lehre, verlegt z. B. die Wirkungen der gerichtlichen Kompensation auf den Moment, in welchem der Kompensationswille des Beklagten zur Kenntnis des Klägers kommt.

oder ob sie unbeeinflußt und völlig intakt fortbestehen, bis die Kompensation erklärt wird.

Diese widerstreitenden Anschauungen spiegeln in ihrer Gesamtheit die gemeinrechtliche Auffassung des Satzes: „ipso jure compensatur“ wider, soweit er den Zeitpunkt der Kompensationswirkungen betrifft. Vielfach modifiziert, teils auf formeller, teils auf materieller Basis, tritt er uns in der überflutenden Literatur entgegen, die sich mit diesem Schmerzenskinde des gemeinen Rechtes befaßt hat.

Im folgenden soll nun die Lösung der Frage versucht werden, ob diese in der Doktrin nnd Praxis des gemeinen Rechtes anerkannten und maßgebenden Lehren von Einfluß auf die Gestaltung des § 389 BGB. gewesen sind.

Kapitel VI.

§ 19.

Es bedarf keiner tiefgehenden Untersuchungen, um festzustellen, daß die im § 389 BGB. normierten Bestimmungen in bedeutsamem Gegensatze zu den Lehren derjenigen Theorien stehen, die den Zeitpunkt des Kompensationsvollzuges und der Kompensationswirkungen einheitlich auf den Eintritt der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung verlegen. Denn im bürgerlichen Gesetzbuche tritt eine zeitliche Zweiteilung des Vollzuges und Effektes der Aufrechnung scharf und unzweifelhaft hervor.

Auch die Lehre Windscheids ist ohne Einfluß auf

die Gestaltung des § 389 BGB. gewesen, obwohl ein Berührungspunkt festzustellen ist: Hier wie dort wird nach vollzogener Aufrechnung der eingetretene Erfolg auf den Augenblick des kompensablen Gegenübertretens der Forderungen zurückverlegt. Der Kern der „Affektionstheorie" liegt jedoch in dem allmählichen „Absterben" der Forderungen innerhalb des Pendenzzustandes, während nach dem bürgerlichen Gesetzbuche die Aufrechnungslage auf die Forderungen einflußlos ist. Diese augenfällige Abweichung wird an geeigneter Stelle näher zu betrachten sein.[1])

§ 20.

Die Mitte zwischen der „strengen" Theorie des Martinus und der Affektionstheorie Windscheids hält die Lehre Azos, die Brinz[1]) mit beißendem Spotte folgendermaßen charakterisiert:

„Die Compensation tritt nicht von selbst ein. Sobald sie aber nicht von selbst eingetreten ist, ist sie von selbst eingetreten."

Es kann nicht verkannt werden, daß in diesem Scherze ein „ridendo dicere verum" liegt. Denn es muß als eine juristische und logische Unmöglichkeit bezeichnet werden,[2]) daß eine menschliche Handlung zur Herbeiführung eines Erfolges verlangt wird, unter ausdrücklicher Zurückweisung einer Vonselbstwirkung, und daß daneben die Fiktion Platz greifen soll, diese Wirkung sei dennoch von selbst eingetreten.

---

[1]) Vergl. S. 63.

[1]) Brinz (Die Lehre von der Compensation) S. 9.

[2]) So auch Dernburg S. 299. Hartlaub S. 60. Vergl. S. 39 dieser Arbeit.

Somit haben die scharfen Angriffe auf die Retrotraktionstheorie Azos volle Berechtigung, zumal auch in den Quellen diese Fiktion unauffindbar ist. Sie muß als durchaus unrömisch bezeichnet werden.[3]) Dernburg giebt daher ein zutreffendes Urteil über diese Lehre ab, wenn er sagt:[4])

„Ein blendendes dialektisches Spiel, doch zu wenig einfach, um sich dauernd Freunde zu gewinnen; nicht getränkt mit dem kräftigen juristischen Geiste der Römer, sondern ein feines Produkt kunstmäßiger Scholastik."

Und dennoch hat diese Lehre, von der Dernburg meinte, „sie sei zu wenig einfach, um sich dauernd Freunde zu gewinnen," einen Siegeszug vollführt. Die Partikulargesetzgebungen nahmen sie fast ausnahmslos an. Sie findet sich im Gesetzbuche des Kantons Zürich (§§ 1052, 1054), im Schweizer Obligationenrecht (Art. 138, 139), und im BGB. für Sachsen (§ 992).[5]) Das Allgemeine Landrecht zeigt in dem Teil I Tit. 16 § 301 zwar unverkennbar den Einfluß der Theorie des Martinus:

„Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen geachtet."

Allein mit Hilfe des voranstehenden § 300, der besagt, daß die Aufhebung der Verbindlichkeiten durch „Anrechnung dessen, was einer dem andern schuldig ist," erfolgt, wurde allgemein im Sinne Azos interpretiert.

[3]) Lippmann Jahrb. Bd. 32 S. 160.
[4]) Dernburg S. 299.
[5]) Zitiert bei Dernburg (Compensation) S. 288 fg.

Diese Ausnutzung des unklar gefaßten § 300 für die Retrotraktionstheorie zeigt am treffendsten, wie tief sie in der communis opinio wurzelte.

§ 21.

In den Abhandlungen und Lehrbüchern, die eine Darstellung der Aufrechnung nach bürgerlichem Gesetzbuche geben, findet sich fast überall die Bemerkung, die Theorie Azos sei im § 389 BGB. neu erstanden, „mit der alten Sache sei auch der alte Name beibehalten worden.“[1])

Vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung von Ursache und Wirkung der Aufrechnung ist dieser Behauptung jedoch nicht ohne Einschränkung beizustimmen.

Die Aufrechnung des bürgerlichen Gesetzbuches ist allerdings auf der Retrotraktionstheorie aufgebaut und zeigt in der rückwirkenden Kraft der Aufrechnungserklärung unverkennbar den Einfluß Azos; allein in einem wesentlichen Punkte weicht § 389 BGB. von der vielbefehdeten Lehre ab.

Wie bereits dargetan, kennt das bürgerliche Gesetzbuch keine Fiktion eines Vonselbsteintritts des Aufrechnungseffektes nach erfolgter Aufrechnungserklärung. Kraft Fiktion wird lediglich der Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzuges und seiner Wirkungen auf den Moment der Coexistenz zurückbezogen. Und während bei Azo die Erklärung des Kompensationswillens nur Bedingung ist, um die ipso-jure-Tilgung der Forderungen, für die als kausales Moment

[1]) Lippmann Jahrb. Bd. 32, S. 169.

die Kompensabilität bezeichnet werden muß,[2]) in die Erscheinung treten zu lassen, ist nach bürgerlichem Gesetzbuche die Parteierklärung Ursache der Tilgung, die Coexistenz lediglich Voraussetzung.

Im praktischen Resultate kommen beide Auffassungen allerdings überein, aber es ist für die Wissenschaft nicht gleichgiltig, auf welchen Wegen man zum Ziele gelangt. Dem Dogma Azos wird mit Recht ein Vorwurf aus seiner logisch unmöglichen Konstruktion gemacht; die Rückwirkungslehre des bürgerlichen Gesetzbuches dagegen ist juristisch einwandsfrei, und eine innere Berechtigung ist ihr nicht abzusprechen (wenn auch ihre praktischen Resultate zu Bedenken Anlaß geben). Denn dem § 389 BGB. liegt die Auffassung zu Grunde, daß einerseits schon das Gegenübertreten der Forderungen für die Aufrechnung von Bedeutung ist, andrerseits aber auch dem Parteiwillen Rechnung getragen werden muß. Die Retrotraktionstheorie dagegen versteigt sich nur drei rätselhaften Worten zuliebe zu einer unhaltbaren Formulierung.

Kapitel VII.

§ 22.

Azos Anschauung, daß die Kompensabilität der Forderungen die Ursache, der Kompensationsvollzug dagegen nur Bedingung für den Eintritt der Wirkungen sei, liegt auch der Hemmungstheorie Windscheids zu Grunde. Eine gegenteilige Deutung läßt die Behauptung

[2]) Vergl. Liebknecht Compensationsvollzug S. 32.

einer „Affizierung" der Forderungen während der Kompensationslage nicht zu.

Am unverhülltesten aber tritt die Coexistenz als Veranlassung des Kompensationseffektes bei Martinus zutage. Hier ist das Gegenübertreten der Forderungen die allein genügende causa efficiens ihrer Tilgung; eines weiteren Anstoßes bedarf es nicht.

Mit Recht ist diese compensatio sine facto hominis aufs schärfste angegriffen worden. Denn es bedeutet eine Unterbindung des freien Parteiwillens, wenn das Gegenübertreten an sich für ausreichend erachtet wird, den Aufrechnungseffekt zu bewirken. Bereits im römischen Rechte wurde es unzweideutig ausgesprochen, daß es dem Willen der Parteien oder des Richters überlassen bleiben muß, die Kompensation herbeizuführen. Als Beleg für diesen schon frühzeitig anerkannten Grundsatz der Billigkeit mögen hier einige der von Dernburg[1]) zusammengestellten Quellen verzeichnet werden:

l. 2 D. de compens. „unusquisque creditorem suum submovet, si paratus est compensare.

l. 5 D. eod. „si fidejussor velit compensare audiendus est."

l. 16 D. eod. „cum heres vult compensare."[2])

l. 8; l. 19; l. 22 D. h. t. „compensatio datur", „denegatur", „admititur".

Aus diesen Zitaten erhellt die Unzulässigkeit, einen Kompensationsvollzug facto hominis zu versagen und dem

---

[1]) Dernburg (Compensation) S. 295.

[2]) Ferner l. 26 D. de probat. 22,3. l. 20 § 2 D. de statuliberis 40,7 u. a. m.

„ipso jure compensatur" einen Vonselbsteintritt als alleinige causa efficiens der Kompensationswirkungen zu entnehmen.

Bereits im Anfange des vergangenen Jahrhunderts wurde, wie schon vorher in der Doktrin, so auch in der Praxis der strengen ipso-jure-Wirkung ein Ende gemacht; allein es blieb die Auffassung bestehen, daß die Ursache der Kompensationswirkungen in dem Gegenübertreten der Forderungen zu suchen sei. Dies zeigt z. B. aufs deutlichste der Entwurf eines deutschen Obligationenrechts im Artikel 384:

> „Die Forderungen und Gegenforderungen gelten mit dem Zeitpunkte, wo sie sich als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstehen, soweit sie sich ausgleichen, wie durch Zahlung getilgt. Diese Wirkung tritt jedoch nur unter der Voraussetzung ein, daß der Schuldner dem Gläubiger erklärt hat, von seinem Rechte zur Aufrechnung Gebrauch machen zu wollen."

Es mag hier beiläufig gestreift werden, daß es gemeinrechtlich sehr bestritten war, auf welche Weise der Kompensationsvollzug stattzufinden habe; ob der Richter auf Grund des Parteivorbringens kompensiere, oder ob der Parteiwillen allein genüge,[3]) wie schon Bartolus in seinen Digesten lehrte.[4])

§ 23.

Die Aufrechnungslage der Forderungen hat nach bürgerlichem Gesetzbuche nur die Bedeutung, daß die Aufrechnung nunmehr jederzeit erklärt werden kann. Die

---

[3]) Eisele S. 256 fg.; Liebknecht S 31 fg. (Compensationsvollzug); Ohnsorge S. 291 Jahrb. Bd. 20; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 11 S. 119 und die dort Zitierten.

[4]) Bartolus tit. D. de comp. ad leg. IV; 16,2.

Forderungen aber bleiben völlig unberührt von einander; sie bleiben in ihrer Vollkraft erhalten und sind allen Einflüssen von außen her zugänglich.

Wie im geltenden, so standen auch im gemeinen Rechte die Ansichten über den Einfluß der Coexistenz auf den Bestand der Forderungen in lebhaftem Widerstreite:

Der tilgend wirkende Einfluß der Coexistenz in der Lehre des Martinus ist bereits — von mehrfachen Gesichtspunkten aus — besprochen und widerlegt worden.

Eine Abschwächung dieser „strengen" Theorie bedeutet die Affektionstheorie Windscheids, die vom Augenblicke des Gegenübertretens an die Forderungen mit einer Einrede belegt, durch welche ihre Wirksamkeit gehemmt wird.

Allein auch diese Anschauung läßt sich nicht stützen.[1]) Sie verlegt ihren Schwerpunkt auf eine Deutung des „compensari", die mit den Quellen unvereinbar ist. Nach Windscheid heißt compensatio nämlich nicht nur das „Aufwägen", also „Tilgen", sondern auch das „Sichaufwiegen" der Forderungen; mithin soll die compensatio eine von ihnen ausgehende Kraft sein. In den ipse-jure-Stellen aber ist stets von einer Tilgung, nicht von einer bloßen Hemmung die Rede, und auch aus den übrigen Quellen läßt sich kein Argument für Windscheids Erklärung beibringen.

Vielmehr geht aus l. 5 D. h. t. das Gegenteil hervor:[2])

„Si quid a fidejussore petetur, aequissimum est eligere fidejussorem quod ipsi an quod reo

[1]) Dernburg (Compensation) S. 304; Eisele S. 220; Stampe S. 30; Ohnsorge S. 291; Geib S. 21.

[2]) Vergl. Schwanert S. 23. Dagegen wiederum Windscheid § 349 Anm. 20.

debetur, compensare malit; sed et si utrumque velit compensare, audiendus est."

Hiermit ist dem Beklagten die Wahl gelassen, welche von mehreren Gegenforderungen er kompensieren will. Dies wäre aber undenkbar, wenn in dem Augenblicke, als die Forderung mit einer Gegenforderung in Kompensationszustand trat, eine Affektion dieser beiden stattgefunden hätte.

Ein Gegenstück zu Windscheids Theorie ist die Lehre v. Scheurls, der eine juristische und eine ökonomische Seite der Kompensation annimmt. Als Rechtsverhältnisse bleiben Forderung und Gegenforderung während ihres aufrechenbaren Gegenüberstehens unberührt von einander, aber „als Vermögensverhältnisse wiegen sich beide gegenseitig bis zum gleichen Betrage auf."

Diese Zweiteilung ist juristisch bedeutungslos; v. Scheurl[3]) selbst spricht diesem gegenseitigen Aufwiegen eine rechtliche Wirkung ausdrücklich ab. Eisele bemerkt aber zutreffend, es scheine, „daß Scheurl von einem Satze der herrschenden Doktrin zwar ausgegangen, am Ende aber bei Martinus angekommen ist."[4])

Zu einer herrschenden Stellung ist keine der eben behandelten Lehren gelangt. Man erkannte fast allgemein mit Azo an, daß der Coexistenz ein Einfluß auf die einander kompensabel gegenüberstehenden Forderungen nicht einzuräumen sei.[5])

Diese Anschauung ist in das bürgerliche Gesetzbuch übergegangen.

[3]) v. Scheurl S. 150.
[4]) Eisele S. 219.
[5]) Vergl. Ohnsorge S. 291 fg.

Kapitel VIII.

§ 24.

Die Aufrechnung hat nach bürgerlichem Gesetzbuche zur Folge, daß die Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken. Sie ist, wie festgestellt, ein modus tollendi sui generis.

Im römischen Rechte wird von Modestinus in l. 1 D. de compens. 16,2 erklärt:

„compensatio est debiti et crediti inter se contributio"

eine Definition, die an Knappheit der Fassung nichts zu wünschen übrig läßt, aber in keiner Weise das Wesen der Kompensation zu erläutern vermag! Sie ist, wie Eisele[1]) bemerkt, für jede Auffassung verwendbar.

Die versuchten Deutungen der Kompensation sind daher mannigfach.

Aus einigen Quellen folgt geradezu eine Gleichstellung der Kompensation mit der solutio, z. B. l. 4 qui pot. 20,4:

„nec enim interesse solverit an pensaverit."

Bereits oben[2]) sind aber offensichtliche Unterschiede zwischen der compensatio und der solutio festgestellt worden.

Von vielen wird die Kompensation als Unterart der Zahlung angesehen. Bartolus bezeichnet sie als

„imaginaria quaedam solutio"

und Baldus stimmt ihm zu.

Andre sehen in ihr eine „Selbstzahlung" nach dem Vorgange der ll. 31 § 1 D. de her. pet. 5,3; 95 § 8 D.

[1]) Eisele S. 212.
[2]) Vergl. S. 34.

de solut. 46,3. Krug[3]) will die Berechtigung dieser Vorstellung durch folgendes Beispiel veranschaulichen:

Von zwei „ängstlich genauen Familienvätern" hat jeder für Ausgaben und Einnahmen eine besondere Kasse. Wenn nun zwischen ihnen kompensiert werden soll, wird jeder von ihnen die aufzurechnende Summe aus der für die Ausgaben bestimmten Kasse herausnehmen und in die für die Einnahmen bestimmte Kasse hineinlegen, mithin wirklich sich selbst bezahlen müssen.

Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus ist die Erklärung wohl zutreffend, wissenschaftlich aber wertlos, denn dieses Zweikassensystem ist juristisch ohne jegliche Bedeutung. Gegen die Selbstzahlung spricht aber auch l. 2 D. 16,2:

„unusquisque creditorem suum eundemque debitorem submovet, si paratus est compensare."

Von andern wird die Kompensation als „solutio brevi manu"[4]) bezeichnet, analog der „traditio brevi manu". Bei dieser aber hat eine körperliche Übergabe von einem Kontrahenten auf den andern bereits vorher stattgefunden; es unterbleiben jetzt nur die umständlichen Hin- und Rücktraditionen, während bei der Kompensation weder eine Tradition in Betracht kommt, noch körperliche Objekte vorhanden sein brauchen. Die bestehenden Forderungen gelten quoad summam concurrentem ohne weiteres als getilgt.

Windscheid[5]) nennt die Kompensation eine „dem Gläubiger aufgedrängte datio in solutum." Diese Deutung ist schon bei der Interpretation des § 389 BGB. zurück-

[3]) Krug S. 7 Anm. 20.
[4]) S. Dernburg S. 360.
[5]) Windscheid § 349 Anm. 14.

gewiesen worden. Denn der Gläubiger ist nicht gezwungen, sich mit einer datio in solutum einverstanden zu erklären; er kann das allein Geschuldete verlangen und sich weigern, ein aliud hinzunehmen.

Gaius Comm. lib. IV § 66:

„aliud pro alio inoito creditore solvi non potest."

Nun umgeht freilich Windscheid diese Tatsache, indem er die Kompensation als eine dem Gläubiger „aufgezwungene" datio in solutum bezeichnet;[6]) aber damit sind noch nicht alle Hindernisse aus dem Wege geräumt, denn was die Zahlung von der Kompensation unterscheidet, gilt zum großen Teile auch für die Hingabe an Zahlungsstatt.

Die Annahme, die Kompensation sei Delegation oder Erlaß, ist ebenfalls, wie bei der Aufrechnung, unzutreffend.

Die Kompensation nimmt vielmehr auch im gemeinen Rechte eine Sonderstellung unter den Befriedigungsarten ein. Sie beruht einerseits auf dem Grundsatze der aequitas: „dolo facit qui petit, quod redditurus est" und findet andrerseits ihre Begründung in der Notwendigkeit, für das umständliche Hin- und Herzahlen einen ausreichenden Ersatz zu schaffen. Die Kompensation läßt sich mithin nur aus sich selbst heraus erklären und ist, wie die Aufrechnung des bürgerlichen Gesetzbuches, bereits gemeinrechtlich ein modus tollendi obligationem sui generis.

Die kompensierten Forderungen erlöschen quoad concurrentes quantitates, wie beispielsweise aus l. 4 Cod. de comp. 4,31 hervorgeht:

[6]) Nach Eisele S. 229 ersetzt das Urteil den mangelnden Kompensationswillen des Gläubigers.

„Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet . . . . quoad concurrentes quantitates . . . .“

Somit ist auch gemeinrechtlich Teilkompensation gestattet, während Teilzahlung nicht zulässig ist. (z. B. l. 9 C. de solut. 8,43.)

§ 25.

Aus der Tatsache, daß die Forderungen während der Aufrechnungslage einander nicht beeinflussen, und lediglich der Aufrechnungsvollzug Ursache der Aufrechnungswirkungen ist, ergab sich für das bürgerliche Gesetzbuch die Unzulässigkeit einer condictio indebiti.

l. 10 § 1 de comp. 16,2 stellt dagegen den Satz auf, daß der Schuldner, der trotz seines Kompensationsrechtes gezahlt hat, das Gezahlte kondizieren kann:

„Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebiti soluto.“

Ähnlich lehrt l. 30 D. de cond. ind. 12,6:

„qui invicem creditor itemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.“

Aus dieser Stelle geht durch argumentum e contrario hervor,[1]) daß in his casibus, in quibus compensatio locum habet, eine condictio bei irrtümlicher Zahlung gegeben wird.[2])

Diese beiden Quellenstellen nimmt Windscheid[3]) als

[1]) Vergl. Eisele S. 260.

[2]) Oder eine der condictio indebiti ähnliche Klage: „quasi“ und „veluti indebiti soluto.“ (Vergl. Leonhard [Aufrechnung] S. 166.)

[3]) Windscheid § 349 Anm. 5.

Beweis für die Berechtigung seiner Affektionstheorie in Anspruch, denn die Gewährung einer condictio indebiti, so folgert er, findet ihren Grund in der Hemmung von Forderung und Gegenforderung.

Desgleichen sehen die Anhänger der Martinuslehre in der condictio indebiti einen Beweis für die von ihnen vertretene ipso-jure-Tilgung der Forderungen, und die Retrotraktionstheorie für die rückwirkende Kraft des Kompensationsvollzuges.

Allein alle haben Unrecht. Dies zeigt der Inhalt der hier gegebenen condictio. Denn wie Stampe[4]) betont, bedeutet sie keine Rückgewähr des irrtümlich hingegebenen Vermögenswertes, sondern allein das Rückgängigmachen der Leistungsart. Die aequitas verlangt,[5]) daß hinfällig werde, was ohne Rechtsgrund geschehen ist, und das ist hier[6]) die stattgehabte Zahlungshandlung, wo Kompensation möglich gewesen wäre.

Dernburg[7]) erklärt die condictio indebiti aus der von ihm gegebenen Deutung des Satzes: „ipso jure compensatur." Das ipso jure besagt nach seiner Auffassung,[8]) daß die Kompensation ein feststehendes Recht der Parteien sei und nach den Grundsätzen des Rechtes selbst einzutreten habe, sobald sich die Forderungen gegenübertreten, unabhängig vom freien Ermessen des Richters. Wenn nun der Beklagte ein ständiges Recht der Kompensation vom Beginne der Coexistenz an habe, so könne

---

[4]) Stampe S. 24.

[5]) l. 66 D. de cond. ind. 12,6.

[6]) Falls überhaupt von einer Leistung ohne Rechtsgrund die Rede sein kann, was oben S. 28 fg. verneint worden ist.

[7]) Dernburg S. 587 fg.

[8]) Dernburg S. 309 fg.

er mit Rücksicht auf seine Kompensationseinrede die Zahlung als die eines indebitum behandeln und kondizieren.

Krug[9]) stellt die Behauptung auf, daß der Gläubiger mit einer condictio furtiva zu belangen sei, der die Kompensationsmöglichkeit kennt und trotzdem Zahlung, z. B. mit Zinsen, die ja durch die Coexistenz bereits erloschen sind, „in gewinnsüchtiger Absicht" annimmt.

Diese Anschauung ließe sich nur vom Standpunkte der strengen ipso-jure-Theorie rechtfertigen. Soweit aber aus der gemeinrechtlichen Literatur hervorgeht, wird auch von den Anhängern der Martinuslehre Krugs Ansicht nicht geteilt.

War nun, wie aus der hier gegebenen Darstellung hervorgeht, die Konstruktion der condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Kompensationsmöglichkeit sehr streitig, so bestand doch über ihre Zulässigkeit weder in der Theorie noch in der Praxis des gemeinen Rechts ein Zweifel. Auf Grund der oben betrachteten Quellenstellen Ulpians wurde sie allgemein anerkannt.

§ 26.

Hat der Schuldner eine geltendgemachte Forderung mit einer ihm zustehenden Gegenforderung kompensiert, so ergibt sich die Frage, ob der Gläubiger replizieren kann, er wolle die Gegenforderung mit einer andern, nicht geltendgemachten Forderung aufrechnen.

In den Quellen findet dieser Fall keine Erwähnung; das gemeine Recht aber stellte unter dem Einflusse der l. 5 D. de comp. 16,2 den Satz auf:

„replicatio compensationis non datur!"

[9]) Krug S. 266.

So sagt z. B. eine Entscheidung des Reichsgerichts:[1])

„In der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts ist die Meinung als herrschende anzusehen, daß der Kläger den Kompensationseinwand des Beklagten nicht durch die Replik, daß er die zur Kompensation gestellte Forderung auf eine andre ihm gegen den Beklagten zustehende Forderung verrechnen wolle, zurückschlagen könne . . . ."

Die Begründung für die Unzulässigkeit einer Rekompensation war je nach den einzelnen Theorien eine verschiedenartige.[2])

Die einen stützten die Verwerfung der replicatio auf die Behauptung, die durch Parteierklärung vollzogene Kompensation tilge bereits Forderung und Gegenforderung, so daß einer replicatio ein aufzurechnendes Objekt nicht mehr gegenüberstehe. Die Anhänger prozessualen Aufrechnungsvollzuges, die dem richterlichen Urteil konstitutive Kraft beilegen, begründen die Verneinung der Rekompensation wie folgt:

Die Erhebung der Kompensationseinrede des Beklagten ist Rechtshilfegesuch, die Replik des Klägers gleichfalls; daher könne für den Richter nur die Prävention den Ausschlag geben, und so sei die Replik von ihm zu verwerfen.

Die Unzulässigkeit einer replicatio compensationis blieb im gemeinen Rechte keineswegs unbestritten; sie gab vielmehr Anlaß zu zahlreichen Kontroversen.[3])

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VII S. 243.

[2]) Vergl. hierzu Kaiser S. 44 fg.

[3]) Dernburg S. 549 fg. Schwanert S. 71 fg. Eisele S. 365 fg. Windscheid § 349 Nr. 6. Krug S. 212. Entschdg. bei Seuffert-

Die herrschende Meinung, (was freilich ebenfalls sehr bestritten ist) verwarf die Rekompensation auch für den Fall, daß der Beklagte auf einen eingeklagten Teil einer Forderung kompensiert. In der Doktrin des gemeinen Rechtes wurde diese Frage wenig berührt, obwohl die Praxis sich sehr häufig mit ihr zu beschäftigen hatte und zu einer übereinstimmenden Auffassung nicht gelangte.[4])

Für das bürgerliche Recht ist die Unzulässigkeit einer „compensatio compensationis" aus der Konstruktion des § 389 gefolgert worden.

§ 27.

Als weitere Folgen des Aufrechnungsvollzuges waren für das bürgerliche Gesetzbuch das Aufhören des Zinsenlaufes, die Hinfälligkeit der mora und des Verfallens einer Vertragsstrafe vom Augenblicke des Gegenübertretens der Forderungen an festgestellt worden. Dieselben Wirkungen kennt das gemeine Recht.

Wie bei der condictio indebiti und replicatio compensationis erklärte jedwede der widerstreitenden Theorien diese Wirkungen als Folgen ihrer Konstruktion, aber es ist in der Literatur des gemeinen Rechtes vielfach überzeugend der Beweis geführt worden, daß sie ihren Grund keineswegs in den ipso-jure-Lehren finden.

Lippmann[5]) weist es insbesondere zurück, daß die

Archiv Bd. I Nr. 30. Bd. XIX Nr. 141, 142, 143, 144. Aber auch Bd. XXII Nr. 33. Bd. XXIII Nr. 22.

[4]) Eisele S. 366 Entschdg. des Reichsgerichts Bd. VII S. 243 fg. Seuffert Bd. XXXX Nr. 282. Dagegen Seuffert Bd. XXXVI Nr. 188. Bd. XXXXI Nr. 96. Entschdg. des Reichsgerichts Bd. XIII S. 175.

[5]) Lippmann Jahrb. Bd. 32 S. 172.

Sistierung des Zinsenlaufes Folge der rückwirkenden Kraft des Kompensationsvollzuges sei. Nach seiner Meinung sind gemeinrechtlich Zinsen bei einer Kompensation zwischen verzinslichen und unverzinslichen Forderungen, soweit sie sich decken, überhaupt nicht zu prästieren, und nicht nur vom Zeitpunkte der Kompensabilität beider nicht zu leisten. Unterbleibt die Kompensation, so geht demnach der Zinsenlauf weiter; wird sie vollzogen, so kommen keine Zinsen in Betracht, selbst diejenigen nicht, die vor der Coexistenz entstanden sind. Lippmann weist dabei auf l. 4 C. 4,31 hin, in deren „entscheidendem" Teile:

> „. . . utique quoad concurrentes quantitates ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur"

Zinsen nur von dem Überschusse der Forderung über die andere zu gewähren seien. Desgleichen bezieht er das „quod invicem debetur" der l. 12 D. 16,2 nur auf die Hauptforderungen.

Seine Ausführungen gipfeln in der Bestimmung des römischen Rechtes, daß Zinsansprüche an sich nicht selbständig eingeklagt werden konnten, und „Verzugszinsen und überhaupt gesetzliche Zinsen nur ex officio judicis, also zunächst nur durch den Richter zu prästieren waren". Daher sei auch die Anschauung nur natürlich gewesen, daß bei einer Kompensation akzessorische Ansprüche nicht in Betracht kommen sollten.

Lippmann steht mit dieser Auffassung vereinzelt da, soweit aus der hier benutzten Literatur hervorgeht; nur Goldschmidt[2]) stimmt im Wesentlichen mit ihm überein.

---

[2]) Goldschmidt Gutachten S. 134.

Dernburg[3]) deutet die besprochenen Erscheinungen wiederum aus seiner ipso-jure-Auffassung. Bedient der Beklagte sich seines Kompensationsrechtes, das ihm ipso jure vom Augenblicke der Coexistenz an zusteht, so wirkt es ex tunc und vernichtet daher von jenem Zeitpunkte an Zinsen, Verzug und Strafen.

Am zutreffendsten erscheint die Behauptung Eiseles,[4]) daß die Zinsensistierung nicht Folge des Kompensationsrechtes, sondern positive Bestimmung einer constitutio Severi sei, aus Billigkeitsgründen veranlaßt:

„Cum alter alteri pecuniam sine usuris alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas."[5])

Hiermit führt Ulpian ausdrücklich das Aufhören des Zinsenlaufes auf eine positive Verordnung des Kaisers zurück. Er hätte aller Wahrscheinlichkeit nach nicht auf Severus hingewiesen, wenn schon aus der Kompensation an und für sich die Sistierung der Zinsen hervorgegangen wäre; denn Ulpian, der scharfe Jurist, pflegt auch sonst nicht überflüssige oder gar irreführende Worte zu machen.[6])

Wenn nun l. 5 C. h. t. sagt:

„ . . . aequitas compensationis usurarum excludit computationem . . ."

— diese Stelle wird vielfach von den Gegnern als Argument gegen die hier vertretene Auffassung

---

[3]) Dernburg S. 584 fg.

[4]) Eisele S. 272 fg. Siber S. 68 fg.

[5]) l. 11 D. 16,2.

[6]) Ebenso Eisele S. 274.

gebraucht — so bemerkt Eisele[7]) mit Recht, daß auch „die aequitas immer etwas Positives habe", und daß abgesehen hiervon das bonum et aequum im römischen Rechte „häufig genug eben nur ein aequius melius" sei.

§ 28.

Das Nichtverfallen einer Vertragsstrafe läßt sich nicht aus den Quellen herleiten, ebensowenig das Aufhören der mora vom Augenblicke der Coexistenz an. Die oft zitierte l. 40 D. 12,1:

> „non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest."

kann nicht für die Kompensation in Betracht kommen, denn die Kompensationseinrede ist keine exceptio „im technischen Sinne".[1])

Desgleichen beweist l. 54 § 1 D. 19,2 nichts für die Hinfälligkeit einer Konventionalstrafe nach erfolgter Kompensation, wie wohl behauptet wird.

Dennoch war es gemeinrechtlich allgemein anerkannt,[2]) daß die Folgen des Verzuges, die Conventionalstrafe, und auch die Nachteile der Verjährung (was ebenfalls nicht quellenmäßig erwiesen ist) durch den Eintritt der Kompensation hinfällig wurden.[3])

Ebenso waren die bei Nichtzahlung der pensio oder des canon dem Vermieter respektive Grundherrn ge-

[7]) Eisele wie oben.

[1]) Schwanert S. 5. Eisele S. 270. Dernburg S. 589. Windscheid § 349 Anm. 8.

[2]) Dagegen Brinz Compensation S. 17. Schwanert S. 5.

[3]) Krug S. 231. Hartter S. 181. Seuffert Bd. 15 S. 118. Dagegen Windscheid § 350 Abs. 2.

gebenen Rechte im Falle einer unverzüglichen Kompensation des Verpflichteten wirkungslos.

Auch Hypotheken, Pfänder und Bürgen wurden frei, da infolge des Kompensationsvollzuges die Akzessionen naturgemäß mit den Forderungen, für die sie bestellt waren, untergehen mußten, nach dem allgemein gültigen Grundsatze der l. 43 D. de solut. 46,3:

„in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora . . .“

Schluß.

Zusammenfassung der Endergebnisse.

Das Endergebnis der vorliegenden Untersuchung über die Frage, ob im § 389 BGB. eine Abweichung vom gemeinen Rechte liegt, läßt sich dahin zusammenfassen:

Im § 389 BGB. ist die gemeinrechtlich herrschende Theorie Azos zu neuer Geltung gelangt. Hier wie dort erlöschen die Forderungen, die während der Aufrechnungslage in ihrer Vollkraft erhalten bleiben, sobald die Aufrechnung vollzogen wird. Sie gelten dann aber als bereits in dem Zeitpunkte getilgt, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

Allein die juristische Konstruktion dieser ex-tunc-Wirkung des Aufrechnungsvollzuges ist im gemeinen Rechte eine wesentlich andere, als im bürgerlichen Gesetzbuche. Dort tritt die Kompensation nicht von selbst ein, gilt aber als eine im Momente der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung ipso jure geschehene, falls sie von der Partei oder dem Richter vollzogen wird. Das geltende Recht dagegen kennt keine Fiktion eines Vonselbsteintritts. Fingiert wird vielmehr, daß die Auf-

rechnungserklärung bereits in dem Augenblicke erfolgt sei, in welchem sich die Forderungen aufrechenbar gegenübertraten.

Während die Fiktion bei Azo als logisch unhaltbar bezeichnet werden mußte, konnte ihrer Gestaltung im bürgerlichen Rechte eine innere Berechtigung nicht abgesprochen werden.

Ursache der Aufrechnungswirkungen ist nach dem bürgerlichen Gesetzbuche die einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Aufrechnungswillens, während die Aufrechnungslage nur Voraussetzung ist. Umgekehrt wird bei Azo die Coexistenz der Forderungen als Ursache, der Vollzug der Kompensation als Bedingung angesehen.

Die praktischen Folgen der Rückwirkungsmaxime des bürgerlichen Gesetzbuches zeigten eine Übereinstimmung mit den gemeinrechtlich anerkannten Kompensationsfolgen. Eine Ausnahme ergab sich nur hinsichtlich der condictio indebiti, die auf Grund der angeführten Quellenstellen in der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts allgemein gewährt wurde, vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aber für das bürgerliche Gesetzbuch versagt werden mußte.